

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0502/05-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL AREIA BRANCA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (COMERCIAL AREIA BRANCA)
RECORRIDOS - COMERCIAL AREIA BRANCA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (COMERCIAL AREIA BRANCA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0052-03/06
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 28/06/2006

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0241-12/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas 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. Infração parcialmente caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 23/03/2005 para exigir o ICMS, no valor de R\$70.201,61, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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.

Consta ainda, na descrição dos fatos, que no exercício de 2002- fevereiro a dezembro – foi apurada omissão de saídas de mercadorias tributáveis no total de R\$83.320,51, gerando um débito de ICMS líquido na alíquota de 17%, no montante de R\$14.136,48, apurado no confronto de suas vendas por cartões de débito/crédito declaradas e as efetivamente realizadas, consoante informes das respectivas Administradoras. Exercício de 2003- janeiro a dezembro – na quantia de R\$156.251,46 com ICMS líquido devido no valor de R\$26.562,74. Exercício de 2004 - janeiro a novembro, no valor de R\$173.379,55 com R\$29.474,52 de ICMS líquido, tudo conforme os demonstrativos e fotocópias das Reduções “Z” do período, anexos, cujas reduções “Z” originais foram apreendidas como prova em favor do fisco e sob a guarda do próprio contribuinte, conforme Termo de Apreensão e Depósito, também anexos.

O autuado apresentou defesa (fls. 524 a 543), inicialmente requerendo a nulidade do Auto de Infração, argumentando:

- a) preterição do direito de defesa, dizendo que o autuante nem se deu ao trabalho de confrontar as vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, ficando impossível para o autuado se defender, pois o autuante omite informações:

b) ilegalidade do método de arbitramento utilizado pelo autuante ao aplicar a lei tributária a fatos pretéritos; tendo sido apresentado toda documentação não estaria o autuante autorizado a fazer arbitramento.

Diz que o autuante não considerou os registros de saídas feitos pela empresa sob o argumento de constar, em todos eles, a forma de pagamento das operações em DINHEIRO.

Por isso, o autuante fez arbitramento e, com base nas informações prestadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito, lançou o ICMS constante no Auto de Infração ora impugnado.

Acrescentou ainda que o arbitramento não poderia ser feito nos anos de 2002, 2003, e 2004, porque somente em 20/01/2004, a partir do Decreto 8882, art. 2, inc. VI, o autuado passou a ser obrigada a informar o modo de pagamento no cupom fiscal.

Ressalta que sempre cumpriu suas obrigações tributárias, nunca teve a intenção de lesar o Estado e inexistiu motivo que autorize o arbitramento da base de cálculo. E frisa “.. o autuante registrou todas as vendas como se elas tivessem sido pagas em dinheiro, quando em verdade, parte dela foi recebida em cartão de débito/crédito. Isto está estampado nas REDUÇÕES Z referidas que demonstram, claramente, que o autuado registrou TODAS as suas vendas como se elas estivessem sido pagas em dinheiro”

Acrescenta que nos exercícios de 2002, 2003, 2004, não estava obrigada a informar o modo de pagamento das operações de saídas. E que basta comparar a receita declarada mensalmente pelo autuado e o valor informado pelas administradoras de cartão de crédito, para se concluir:

- a) que as vendas declaradas pelo autuado totalizam um valor muito maior que o informado pelas empresas Administradoras de Cartões de Crédito;
- b) que os valores informados pelas empresas Administradoras de Cartões de Crédito, fazem parte do total das vendas declaradas mensalmente pelo autuado;
- c) que as vendas declaradas pelo autuado durante os anos de 2002, 2003, e 2004 coincidem com as vendas informadas na DME.

Pede também a improcedência do Auto de Infração, se os motivos acima não justificarem a nulidade, pela falta de lançamento da dedução do crédito de 8%, considerando que o autuante assim não procedeu, implicando na majoração em quase o dobro do valor do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 582), afirma que o próprio autuado confirma a lisura da ação fiscal, ao confessar e confirmar nas suas razões de defesa, à fls. 3, que todas as suas vendas efetuadas por meio de cartão de crédito foram registradas como sendo dinheiro.

Acata a alegação do autuado em relação à dedução do crédito de 8%, e que por provável lapso funcional de quem atendeu o autuado, as cópias dos relatórios não lhes foram entregues juntamente com a via do Auto de Infração, mas que não é um vício insanável, portanto não causando a nulidade.

Ressalta que tanto a ação fiscal como a autuação foi feita de maneira direta e objetiva, comprovada documentalmente e de modo cristalino. Tudo conforme prevê o art. 4º da Lei 7014/96.

Frisa ainda que *“Conforme foi orientada e devidamente esclarecida o autuado, que apenas a apresentação de cada boleto de venda efetuada por cartão de crédito, acompanhado da respectiva nota fiscal, mesmo de venda a consumidor ou do respectivo cupom fiscal DISCRIMINADAMENTE, justificaria o seu correto procedimento, eliminando, consequentemente, todos os efeitos legais da autuação-NÃO FOI FEITO”*.

Assim, conclui a informação fiscal, mantendo a autuação na íntegra.

Considerando que nos autos constam somente as informações mensais fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, as quais não permitiram ao autuado a visualização completa das operações realizadas, por meio de pagamento com cartão de crédito ou de débito, a 3ª JF, mediante pauta suplementar, resolveu converter o presente processo em diligência, à INFAZ de origem, para o autuante anexar os Relatórios de Informações TEF - Diários, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado, reabrindo o prazo de defesa (30 dias)

Em nova manifestação às fls. 1587 a 1593, o autuado argumenta que a análise dos Relatórios de Informações –TEF – Diários, com os valores por meio de cartões de débito/crédito, por operação, no período fiscalizado, recebidos na diligência, reforça os argumentos expendidos na impugnação inicial, e alega que a fiscal não valorou qualquer uma das suas vendas registradas, também revelado pela análise do processo administrativo. Acrescentou, ainda, que o citado relatório mostrou que o movimento mensal de cartão de crédito é muito inferior ao total das vendas do autuado no mês. Frisou que o fato das vendas em cartão de crédito terem sido registradas como vendas em dinheiro não quer dizer que tal receita foi omitida.

Prosseguiu repetindo as alegações da defesa inicial, e conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração alegando preterição do seu direito de defesa, quando a autuante retroagiu lei tributária, desconsiderando os documentos fiscais registrados, adotou método de arbitramento incompatível com o caso, já que o mesmo não supre a autuante de elementos que tornem certa a autuação e informe, suficientemente o autuado para que exerça a ampla defesa. E caso não seja acatada a preliminar de nulidade, o processo seja arquivado, por improcedência, alegando que o autuado não poderia se sujeitar a arbitramento, por qualquer método, pois não omitiu qualquer receita, pagou todo o ICMS apurado no SimBahia no período fiscalizado, corretamente, bem como tempestivamente, e o valor lançado pelo autuante foi excessivamente majorado.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

O autuado suscitou preliminar de nulidade do Auto de Infração argumentando: a) preterição do direito de defesa, ao dizer que o autuante nem se deu ao trabalho de confrontar as vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, ficando impossível para o autuado se defender, pois o autuante omite informações: b) ilegalidade do método de arbitramento utilizado pelo autuante, ao aplicar a lei tributária a fatos pretéritos, e que tendo sido apresentado toda documentação da empresa não estaria o autuante autorizado a fazer arbitramento.

Em relação à primeira alegação, ressalto que esta JF, reconhecendo a falha do autuante, mediante pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem, para que o autuante procedesse à entrega, ao autuado, das cópias de todos os relatórios TEF- Diários, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartão de crédito, fornecidos pelas administradoras, reabrindo o prazo de defesa. , oportunidade em que o autuado se manifestou.

Em relação que à alegação de que foi utilizado pelo autuante o método de arbitramento, constato que a autuação baseou-se em dados apurados no confronto entre os valores das vendas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito e os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito, logo, quando ocorrem diferenças entre esses valores a Lei autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, previsto no o § 4º, VI, do art.4º, da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos 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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, trata-se de uma presunção legal, e indica que o autuado efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal. Assim não se trata de arbitramento e sim de levantamento fiscal previsto na legislação.

Em relação ao argumento de que somente em 20/01/2004, a partir do Decreto 8882, art. 2, inc. VI, é que o autuado passou a ser obrigado a informar a forma de pagamento no cupom fiscal, também não procede, tendo em vista que a autuação não decorreu desse motivo e sim da falta da emissão do Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor referente à venda realizada. como dispõem o artigo 238 do RICMS/97”

Com relação à vigência da Lei 8.542 de 27/12/02, DOE de 28 e 29/12/02, que surtiu efeitos a partir de 28/12/02, entendo que deve ser excluído do débito, o valor referente à ocorrência de 2002, sendo porém legítima a exigência fiscal relativa aos exercícios de 2003 e de 2004.

Assim, entendo que o PAF está revestido das formalidades legais, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, a questão discutida nos autos diz respeito à acusação fiscal de que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito extraídas do ECF, leitura Z, em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos, conforme demonstrativos às fls. .

Analizando os referidos demonstrativos, observo que se encontram devidamente demonstrados em cada coluna os valores mensais das vendas com cartão de crédito constantes da Redução Z, e as vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras, valores esses, extraídos dos dados das Reduções Z da ECF, e do Relatório de Informações TEF – Anual constantes no INC – Informações do Contribuinte.

Qualquer tipo de ECF permite a leitura com os totais das diversas formas de pagamentos, quais sejam, através dinheiro, cheque, cartão de crédito, cartão de débito, e outras, os valores relativos às operações com cartões de crédito devem corresponder exatamente com os valores fornecidos pela administradora de cartões de crédito. Se acaso, foram efetuadas vendas com emissão de notas fiscais através de cartão de crédito, ou dinheiro, deve ser comprovado comparando as fitas detalhes, os boletos emitidos pelo sistema POS, e as notas fiscais de venda a consumidor, com os valores fornecidos como vendas por meio de cartões de crédito/débito pelas administradoras de cartões de crédito, inclusive de modo a que fosse verificada a possibilidade de uma revisão fiscal. Entendo que é de inteira responsabilidade do contribuinte fazer a comprovação através de levantamento fiscal vinculado ao ECF, comparando as fitas detalhes, os boletos emitidos pelo sistema POS, e as notas fiscais de venda a consumidor, com os valores fornecidos como vendas por meio de cartões de crédito/débito pelas administradoras de cartões de crédito,.

Dessa forma, se foram emitidos cupons fiscais para todas as vendas a dinheiro, como afirma o autuado, não foram trazidos aos autos, os comprovantes dos cartões de crédito, elementos que, efetivamente, poderiam elidir a presunção legal ora combatida. O artigo 123 do RPAF/99, prevê que é assegurado ao sujeito passivo o direito de impugnar por escrito o lançamento tributário acompanhado das provas que tiver referentes às suas alegações.

Deve ser aplicado o art. 143 do RPAF/99, que dispõe que “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”.

Tendo em vista em que o autuado não comprovou nos autos a improcedência da presunção, entendendo correta a exigência fiscal, a qual tem respaldo legal no § 4º, VI, do art.4º, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que por se tratar de empresa inscrita no SIMBAHIA, o autuado faz jus ao crédito de 8% .

Refeitos os cálculos, concedendo o crédito de 8% e excluindo os débitos referentes ao exercício de 2002, restou comprovado o débito de R\$ 29.666,72. conforme planilha abaixo:

	<i>A</i>	<i>B=A X 17%</i>	<i>C=A X 8%</i>	<i>D= B-C</i>
<i>MÊS/ANO</i>	<i>SAÍDAS OMITIDAS</i>	<i>ICMS 17%</i>	<i>CRÉDITO 8%</i>	<i>VALOR A RECOLHER</i>
<i>jan/03</i>	<i>7.831,23</i>	<i>1.331,31</i>	<i>626,50</i>	<i>704,81</i>
<i>fev/03</i>	<i>12.878,17</i>	<i>2.189,29</i>	<i>1.030,25</i>	<i>1.159,04</i>
<i>mar/03</i>	<i>11.727,41</i>	<i>1.993,66</i>	<i>938,19</i>	<i>1.055,47</i>
<i>abr/03</i>	<i>11.342,35</i>	<i>1.928,20</i>	<i>907,39</i>	<i>1.020,81</i>
<i>mai/03</i>	<i>16.326,29</i>	<i>2.775,47</i>	<i>1.306,10</i>	<i>1.469,37</i>
<i>jun/03</i>	<i>9.767,94</i>	<i>1.660,55</i>	<i>781,44</i>	<i>879,11</i>
<i>jul/03</i>	<i>9.373,17</i>	<i>1.593,44</i>	<i>749,85</i>	<i>843,59</i>
<i>ago/03</i>	<i>10.367,94</i>	<i>1.762,55</i>	<i>829,44</i>	<i>933,11</i>
<i>set/03</i>	<i>12.710,70</i>	<i>2.160,82</i>	<i>1.016,86</i>	<i>1.143,96</i>
<i>out/03</i>	<i>16.448,52</i>	<i>2.796,25</i>	<i>1.315,88</i>	<i>1.480,37</i>
<i>nov/03</i>	<i>19.950,35</i>	<i>3.391,56</i>	<i>1.596,03</i>	<i>1.795,53</i>
<i>dez/03</i>	<i>17.526,94</i>	<i>2.979,58</i>	<i>1.402,16</i>	<i>1.577,42</i>
TOTAL	156.251,01	26.562,67	12.500,08	14.062,59
<i>jan/04</i>	<i>22.193,41</i>	<i>3.772,88</i>	<i>1.775,47</i>	<i>1.997,41</i>
<i>fev/04</i>	<i>15.093,88</i>	<i>2.565,96</i>	<i>1.207,51</i>	<i>1.358,45</i>
<i>mar/04</i>	<i>15.685,88</i>	<i>2.666,60</i>	<i>1.254,87</i>	<i>1.411,73</i>
<i>abr/04</i>	<i>19.892,64</i>	<i>3.381,75</i>	<i>1.591,41</i>	<i>1.790,34</i>
<i>mai/04</i>	<i>14.248,64</i>	<i>2.422,27</i>	<i>1.139,89</i>	<i>1.282,38</i>
<i>jun/04</i>	<i>3.349,47</i>	<i>569,41</i>	<i>267,96</i>	<i>301,45</i>
<i>jul/04</i>	<i>14.166,35</i>	<i>2.408,28</i>	<i>1.133,31</i>	<i>1.274,97</i>
<i>ago/04</i>	<i>18.747,76</i>	<i>3.187,12</i>	<i>1.499,82</i>	<i>1.687,30</i>
<i>set/04</i>	<i>20.289,70</i>	<i>3.449,25</i>	<i>1.623,18</i>	<i>1.826,07</i>
<i>out/04</i>	<i>15.055,88</i>	<i>2.559,50</i>	<i>1.204,47</i>	<i>1.355,03</i>
<i>nov/04</i>	<i>14.655,58</i>	<i>2.491,45</i>	<i>1.172,45</i>	<i>1.319,00</i>
TOTAL	173.379,19	29.474,46	13.870,34	15.604,13
TOTAL	GERAL			29.666,72

Assim, entendendo que a infração restou parcialmente caracterizada nos valores acima indicados.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.”

O recorrente apresenta Recurso Voluntário arguindo inicialmente a nulidade do Auto de Infração, alegando primeiramente que não há previsão legal para implementação de LEVANTAMENTO FISCAL, pois, se houvesse, o julgador certamente teria feito referência ao artigo de Lei que prevê tal procedimento. E ainda, que o inciso I-B do § 1º do art. 22 da Lei nº 7.014/96 enquadra atitude do fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração como sendo arbitramento. Transcreve também em reforço de sua tese o art. 4º, § 4º; destaca que todas as declarações prestadas são superiores ao valor informado pelas administradoras de cartões de crédito; diz ainda que uma vez demonstrado que o direito à ampla defesa do recorrente foi infringido, só se pode aplicar o constante no art. 18 do RPAF, que elenca os casos de nulidade.

No mérito apresenta as seguintes alegações:

- i) todas as vendas realizadas pelo recorrente foram registradas, e todo o ICMS foi apurado e recolhido tempestivamente;
- ii) todas as vendas declaradas foram superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito; assim, em não havendo presunção de omissão de receita, o fiscal autuante não poderia fazer arbitramento, e o fundamento esculpido pela recorrida na Decisão que se pretende reformar é totalmente ilegal. Tece uma série de considerações para caracterizar o arbitramento por parte do fisco e busca demonstrar a idoneidade da documentação do autuado.

Finalmente, requer que o Auto de Infração seja julgado Nulo, tendo em vista que foi preterido o seu direito de defesa quando a fiscalização utilizou método de arbitramento incompatível com a autuação, qual seja, inexistência de provas de omissão de saída em razão da declaração de vendas em valor superior às informações fornecidas pelas instruções financeiras e administradoras de cartões de crédito, e não deu certeza da existência do crédito lançado, muito menos elementos para que o exercício do seu direito a ampla defesa, conforme preconiza o art.18, II do RPAF; subsidiariamente, provado o arbitramento, que ao auto seja julgado improcedente e arquivado.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, fundamentando:

- a) os argumentos relativos ao método de arbitramento não devem ser considerados, posto que no presente processo não houve aplicação desse método extremo de apuração;
- b) o trabalho fiscal baseou-se em números lançados pelo contribuinte como referentes a vendas por cartões de crédito em comparação com os informado pelas Administradoras de Cartões de Crédito;
- c) o argumento de que os números informados pelo autuado superam os valores trazido pelas Administradora não procede, pois não se pode comparar números totais de vendas com valores relativos a vendas por cartões;
- d) a diferença apontada enseja a presunção de omissão prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7014 e o contribuinte não trouxe qualquer prova para elidir a presunção;
- e) quanto a falta de previsão legal para que o contribuinte especificasse a forma de venda no cupom fiscal, a matéria já foi por diversas vezes enfrentada pelo CONSEF;
- f) cita o art. 824-E do RICMS/97, introduzido pelo Decreto nº 8413/02, publicado em 30/12/02 que previa a obrigação do contribuinte informar, nos casos em que o comprovante de venda não fosse impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, quando fosse o caso, do número sequencial e do equipamento; desde janeiro de 2003 a legislação já permitia que do confronto da leitura Z da ECF com os números fornecidos pela Administradora de Cartões se constatasse a presunção de omissão de saídas anteriores; se há outras saídas fruto de vendas por cartões de crédito, que não por ECF, cabe ao Recorrente demonstrá-las nos termos do art. 4º, § 4º já citado, para elidir a presunção de omissão de saídas anteriores tributadas.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Adoto como razão de decidir o entendimento do julgador de Primeira Instância, ao afirmar que no caso da declaração de vendas serem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, trata-se de uma presunção legal, e indica que o autuado efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal. Assim não se trata de arbitramento e sim de levantamento fiscal previsto na legislação.

De outra parte, em processos similares, tem havido divergência no entendimento desta Câmara sobre a nulidade da autuação em decorrência da obrigatoriedade do contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento das vendas efetuadas por meio de cartão de crédito, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS em 21/01/2004. Os votos que sustentam o acatamento da tese da nulidade apóiam-se no precedente da 1ª CJF, através do Acórdão nº 0139-11/05, da lavra do relator Ciro Roberto Seifert, que decidiu pela nulidade da ação fiscal. Transcrevo a conclusão do voto citado: *”..... Porém, como dito acima, apenas a partir de 21/01/2004 o contribuinte passou a ser obrigado a registrar o meio de pagamento, no encerramento das vendas realizadas através de ECF. A contrário senso, vale dizer que até aquela data não existia tal obrigação. Assim, concluo que os autuantes utilizaram uma base de dados – cupom redução Z – não fidedigna, para a comparação que realizaram, por ausência de previsão legal para sua geração. As únicas comparações possíveis, até a data mencionada, seriam os totais das vendas com os totais informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, ou operação a operação”*.

Em face do exposto e adotando o entendimento esposado pelo ilustre Conselheiro Ciro Roberto Seifert, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE a ação fiscal, prevalecendo apenas a parcela da autuação relativa ao exercício de 2004, a partir do mês de fevereiro desse ano.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário)

Com o devido respeito ao posicionamento do ilustre relator, divirjo de seu entendimento quanto ao Recurso Voluntário, pois considero que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Inicialmente, afastado a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator, segundo o qual no período de 01/01/03 a 01/01/04 ainda não estava em vigor a obrigatoriedade de o contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS-BA/97 em 21/01/04.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a partir de 21/01/04, porém, desde 01/01/03, por força do disposto no § 3º do art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicar, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05, citado pelo ilustre relator, não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Quanto à alegação de que houve um arbitramento, entendo que não há como prosperar essa tese, pois está claro nos autos que o imposto foi apurado por meio de um confronto entre os valores das vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito e os valores das vendas em cartão de crédito e/ou débito registrados nos ECFs.

Ainda em preliminar, ressalto que mediante diligência foi entregue ao recorrente cópia dos relatórios TEF - Diários, onde foram relacionadas, operação a operação, as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. Além disso, observo que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a legislação tributária estadual pertinente, tendo sido garantido ao contribuinte o exercício do direito de defesa, o qual foi exercido em sua plenitude.

Não há como acolher o argumento recursal de que as vendas efetuadas pelo estabelecimento são superiores às vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. É lógico que o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96 determina que se confronte as vendas que foram pagas com cartão de crédito e/ou débito com as informadas pelas administradoras de cartão, pois não é razoável admitir que venhamos comparar todas as vendas efetuadas pelo recorrente com as que foram informadas pelas administradoras de crédito e/ou débito.

Também não elide a infração o argumento recursal de que todas as vendas foram registradas e

todo o ICMS devido foi recolhido, uma vez que a auditoria fiscal realizada comprova que diversas operações efetuadas por meio de cartão de crédito e/ou débito não foram registradas nos ECFs e, portanto, não foram submetidas à tributação.

Saliento que a exigência fiscal está baseada em prova conclusiva que autoriza a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, uma vez que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração comprovam a ocorrência de divergências a documentação fiscal emitida pelo recorrente e as operações de saídas de mercadorias, pagas mediante cartão de crédito e/ou débito, informadas pelas administradoras. Nos termos do citado dispositivo legal, cabe ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, o que não foi feito.

Observo que os créditos fiscais a que o recorrente fazia jus na condição de empresa optante pelo Regime do SimBahia foram considerados pela autuante. Não havendo, assim, nenhuma correção a ser feita no valor do imposto apurado.

Em face do comentado acima, comungo com o entendimento externado pela douda PGE/PROFIS, pois o recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento novo capaz de elidir a presunção legal que embasou a autuação e, por via de consequência, modificar a Decisão recorrida, a qual está correta e não merece nenhum reparo.

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 de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0502/05-6** lavrado contra **COMERCIAL AREIA BRANCA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (COMERCIAL AREIA BRANCA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.666,72**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Bento Luiz Freire Villa-Nova.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR –REPR. PGE/PROFIS