

PROCESSO - A. I. Nº 118973.0015/04-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DANIELA OLIVEIRA MORAES (PEDÁGIO)
RECORRIDOS - DANIELA OLIVEIRA MORAES (PEDÁGIO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0157-03/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0268-12/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Refeito o levantamento fiscal, resultando em redução do débito. Modificada a Decisão recorrida. Apesar de constatada simultaneamente duas irregularidades com base em presunção legal, não restou comprovado que uma irregularidade (infração 2) esteja compreendida na outra (infração 5). Infração parcialmente caracterizada. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado a regularidade da escrituração de parte dos documentos fiscais. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão. **4.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeito os cálculos, com redução do débito. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. **5.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS

CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Efetuada retificação no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Afastada a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a referida Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$106.942,47, acrescido das multas de 70%, 60% e 50%, além de multa de caráter acessório de R\$3.094,56, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) relativo aos meses de janeiro a maio e julho de 2002, totalizando R\$2.067,35.
2. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de R\$33.274,56 (2003).
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (CFAMT), tendo sido aplicada multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, no valor de R\$3.094,56.
4. Efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (bebidas alcoólicas) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$23.540,84.
5. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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 (janeiro de 2003 a dezembro de 2003), no valor de R\$48.059,72,

O autuado, em sua impugnação à fl. 325 dos autos, inicialmente suscitou a nulidade da autuação tendo em vista que a infração 5, no seu entendimento, colide com o disposto no art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99, e o art. 5º da CF, pelo fato de que ocorreu cerceamento de direito de defesa e ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Alegou que não constam no PAF os documentos fornecidos pelas instituições financeiras e administradora de cartão de crédito e mesmo tendo solicitado da INFAZ, recebeu apenas os documentos juntados às fls. 53 a 317. Disse que, sem tais documentos, fica sem saber como foi constituída a base de cálculo do imposto exigido e suprime o seu exercício de direito de defesa. Requereu desde já que, se os documentos forem trazidos ao PAF, que lhe seja fornecida cópias dos mesmos, com reabertura do prazo de defesa.

No mérito, disse que o lançamento carece de revisão. Alegou que o item 1 indicou como receitas os dados da DME, tendo no exercício de 2002 indicado quantia de R\$89.935,60 para todos os meses e também foi indicado pelo autuado no demonstrativo de débito “*a fórmula adotada para apuração da receita e do número de empregados*”. Afirmou que neste momento ele apresentava os valores reais das vendas (pelos talões de notas fiscais e ECF), do número correto de empregados, que foi inserido num demonstrativo que ora é juntado ao PAF e que os documentos de suporte estão à disposição da fiscalização.

Quanto ao item 2, disse que refez o demonstrativo apresentado pelo autuante e constatou que o mesmo cometeu erros na contagem das entradas, das saídas e da formação do preço médio, tendo encontrado resultado bem menor que o apurado pela fiscalização. Disse que, se feita a revisão e confirmados os valores apontados, providenciará o seu pagamento.

Solicitou revisão por fiscal estranho ao feito para verificar os erros cometidos pelo autuante.

No que se refere à infração 3, ressaltou que nos meses de janeiro e fevereiro encontrava-se enquadrada no SimBahia e, conseqüentemente, desobrigada de escriturar o livro de Registro de Entrada de Mercadorias, o que neutraliza a aplicação da multa.

Transcreveu as ementas dos Acórdãos da 2ª CJF nº 0436-12/02 e da 4ª JJF nº 0325-04/03, nas quais foram proferidas decisões contrárias à aplicação de multas pela falta de escrituração de notas fiscais no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, pelo fato de que as empresas constituídas como EPP estavam desobrigadas de escriturá-los.

Afirmou que as demais notas fiscais foram registradas no livro próprio dos outros meses do exercício de 2003, com exceção da Nota Fiscal de nº 22309.

No tocante à infração 4, indicou diversos erros cometidos pelo autuante:

- a) meses de janeiro e fevereiro: o regime de antecipação começou a vigorar em março;
- b) março: incluiu pela Nota Fiscal nº 44904 o item mochilas que não é sujeito a antecipação, não computou o pagamento de R\$3.334,74 cf. DAE anexo;
- c) setembro: incluiu pela Nota Fiscal nºs 98569 e 126783 o item meias e bolas, não sujeitas a antecipação, não computou o pagamento de R\$4.974,46 cf. DAE anexo
- d) outubro: incluiu pela Nota Fiscal nº 616683 o item meias e bolas, não sujeitas a antecipação, não computou o pagamento de R\$7.432,87 cf. DAE anexo
- e) dezembro: incluiu pela Nota Fiscal nº 132452 o item bolsa, não sujeitas a antecipação, não computou o pagamento de R\$6.868,77 cf. DAE anexo
- f) fevereiro/04: incluiu pela Nota Fiscal nº 42558 o item mochila, não sujeitas a antecipação, não computou o pagamento de R\$1.777,24 cf. DAE anexo
- g) abril/04: incluiu pela Nota Fiscal nº 168729 o item cinto, não sujeitas a antecipação;

No que se refere a infração 5, além da nulidade suscitada, afirmou que “*as diferenças podem ter ocorrido em razão de informações equivocadas recebidas pelo fisco*” a exemplo de concentração de vendas num só estabelecimento. Disse que a empresa fez transferência de máquinas entre estabelecimentos e que pode ter resultado em alocação errada de estabelecimento.

Ressaltou que solicitou das administradoras de cartão as informações prestadas ao fisco, mas não as recebeu até a data limite para apresentação da defesa.

Disse que, considerando o enquadramento como EPP, no seu entendimento, em relação às diferenças eventuais existentes, deveria ter sido dado um tratamento específico. Transcreveu as ementas de decisões proferidas pela 1ª JF e 2ª JF indicadas nos Acórdãos de nºs 0139-01/03, 055-02/03 e 0397-01/02, nos quais foram considerados os créditos fiscais previstos na Lei nº 8.534/02.

Por fim, protestou pela produção e todos os meios de prova em direito admitidos, para esclarecer as dúvidas levantadas na defesa e a revisão por fiscal estranho ao feito. Pediu que o item 5 fosse julgado nulo ou improcedente e improcedente os demais itens contestados, o que conduzirá a procedência parcial do lançamento.

O autuante, em sua informação fiscal, preliminarmente discorreu sobre as alegações defensivas e disse que com a defesa apresentada o autuado objetiva apenas postergar o julgamento do Auto de Infração com o pedido de revisão do trabalho por auditor estranho ao feito.

Disse que acatou parte das alegações defensivas em relação às infrações 3 e 4, apresentando um novo demonstrativo de débito.

Em relação ao item 5, disse que anexava ao PAF o relatório anual fornecido pela empresa administradora de cartão de crédito, relativa às operações ocorridas em 2002, 2003 e 2004.

Concluiu afirmando que até prova em contrário, mantém integralmente a acusação e pede pelo julgamento procedente da autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou a empresa, em 28/12/2004, para se manifestar quanto à informação fiscal prestada pelo autuante, conforme documento acostado à fl.1042 do PAF.

O autuado apresentou nova defesa às fls. 1045 a 1047 e disse que a informação fiscal não atende ao disposto no RPAF/BA, reforçando a necessidade de revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito.

Ressaltou que não tendo se manifestado quanto às infrações 1 e 2, entende que o autuante aceitou tacitamente os termos defensivos.

Quanto à infração 3, disse que o autuante acatou as alegações defensivas, restando comprovada a escrituração dos documentos no livro fiscal nos meses de março a julho de 2003, conforme documentos apresentados.

No que se refere à infração 4, disse que não pode prevalecer a exigência em relação aos meses de janeiro e fevereiro de 2003, tendo em vista que o regime de antecipação só passou a vigorar a partir de março de 2003.

Afirmou que a informação fiscal carece de explicações e que ficou sem saber se alguns equívocos cometidos pelo autuante foram consertados na mesma, por ter informado apenas que os “valores foram reduzidos” sem estabelecer correlação com as razões apresentada na defesa.

Reiterou os mesmos argumentos apresentados na defesa quanto à inclusão nos demonstrativos de antecipação tributária, diversas mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária (mochila, bolas, bolsa, meia, cinto) e pelo fato de que não considerou os pagamentos efetuados pela empresa, conforme DAEs juntados ao processo.

Quanto à infração 5, disse que o autuante apenas anexou os relatórios das administradoras de cartão de crédito, sem rebater as alegações defensivas, o que leva a entender que as acatou.

Reafirmou a necessidade de revisão por fiscal estranho ao feito, e apresentou um demonstrativo de vendas por cartões de crédito, dia a dia, às fls. 1048 a 1105, e disse que à vista dos mesmos não existem as diferenças apontadas no Auto de Infração.

Alegou que o que pode ter ocorrido foi uma troca de dados entre as lojas 1 e 3, das lojas com o mesmo nome fantasia (Pedágio), instaladas no Shopping Iguatemi, mas com razões sociais diferentes (Pedágio Calçados e Confecções Ltda e Daniela Oliveira Moraes).

Afirmou que os demonstrativos analíticos indicam vendas reais de R\$788.961,83 contra o montante de R\$754.072,18 registrado nas leituras “Z” o que implica numa diferença de R\$34.889,65, que difere substancialmente do valor de R\$1.036.188,18, indicado na autuação.

Reiterou o pedido na defesa de revisão fiscal e que fosse julgada nula a infração 5 e improcedentes os demais itens.

O processo foi encaminhado para o autuante que manifestou-se às fls. 1114 a 1116, inicialmente comentou sobre as infrações e alegações defensivas e disse que o autuado, ao solicitar revisão fiscal por estranho ao feito, objetiva apenas protelar o julgamento da autuação. Pediu que o Auto de Infração fosse julgado procedente ou procedente em parte.

Esta JJF determinou a realização de diligência ao autuante (fl. 1120), para que:

- a) Prestasse a informação fiscal, abrangendo todos os aspectos fundamentados na defesa e elaborasse novos demonstrativos, explicando o que foi acatado em relação à impugnação;
- b) Fosse juntado ao processo cópia do relatório diário do faturamento do cartão de crédito, apresentado pelas empresas administradoras de cartão de crédito, relativa ao contribuinte.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do Relatório de Informações TEF – Diário, acostado às fls. 1124 a 1872, conforme documentos acostados às fls. 1874 a 1879, tendo o defendente se manifestado às fls. 1882 a 1885.

Preliminarmente, suscitou a nulidade da intimação e pediu a devolução do prazo de defesa, sob o argumento de que foram acostados mais de setecentos documentos que deveriam acompanhar o Auto de Infração e que o prazo de dez dias que lhe foi concedido é insuficiente para manifestar-se, nos termos do art. 41, II e 46 do RPAF/BA e art. 5, LV da Constituição Federal.

Afirmou que, mesmo prejudicado no exercício regular do direito ao contraditório e da ampla defesa, reiterava todos os termos da defesa inicial. Ressaltou que a informação fiscal não atende à disposição regulamentar, reforçou o pedido de revisão fiscal e disse que não tendo o autuante se manifestado quanto às duas primeiras infrações, deve ser entendido como aceitação tácita dos termos defensivos, ao teor do art. 126, parágrafo 6º do RPAF/BA.

Destacou que, em relação à infração 5, não recebeu os esclarecimentos devidos, quanto as informações fornecidas pela empresas administradoras de cartões e quais informações estariam diferentes em relação à sua escrituração.

No mérito, disse que a diligência fiscal não saneou os vícios do processo, visto que o autuante confessou ter agrupado mercadorias diversas e com preços variados, o que, no seu entendimento, distorce a base de cálculo ao agrupar mercadorias com preços completamente diferentes. Disse que é injustificável o argumento do autuante de que não poderia fazer o levantamento por espécie, por falta de tempo.

Quanto à infração 3, disse que o autuante acatou tacitamente a alegação defensiva da falta de obrigação para escriturar livro fiscal e comprovado a escrituração dos documentos pertinentes aos meses de março, abril e julho de 2003, conforme anteriormente apresentado.

Em relação à infração 4, disse que não pode prevalecer a exigência em relação aos meses de janeiro e fevereiro/03, tendo em vista que o regime de antecipação do imposto passou a vigorar em março/2003. Disse que o autuante limitou-se a dizer na informação fiscal que “os valores foram reduzidos”, sem explicar o que efetivamente foi retificado. Indicou diversos erros computados no levantamento fiscal, a exemplo:

- a) Março/03: NF 44.904, relativa à mochila, foi computada, sem que este produto estivesse sujeito ao regime de substituição tributária;
- b) Abril/03: Não computou o valor pago de R\$3.334,74;
- c) Setembro/03: Considerou meias e bolas, relativo às Notas Fiscais nºs 98569 e 126.623, como se fossem substituídas e não considerou o pagamento de R\$4.974,46;
- d) Outubro/03: adotou indevidamente substituição tributária para o produto meia, consignada na Nota Fiscal nº 616783 e não considerou o pagamento de R\$7.432,87.
- e) Novembro/03: incluiu indevidamente a Nota Fiscal nº 132452 (bolsa) e deve ser computado o pagamento de R\$7.919,21.
- f) Dezembro/03: deve ser excluída a Nota Fiscal nº 42558 (mochila) e computar o pagamento de R\$1.777,24.
- g) Abril/04: deve ser excluída a Nota Fiscal nº 186729 (cinto) e computar o pagamento de R\$604,58.

No que tange à infração 5, disse que inicialmente o autuante limitou-se a juntar ao processo, o relatório anual de informações TEF e que em atendimento à diligência anexou os relatórios diários, sem ter rebatido as alegações defensivas, o que no seu entendimento caracteriza ter acatado tais alegações. Afirmou que já apresentou demonstrativos diários por empresa administradora de cartão, para provar que inexistem as diferenças apontadas na infração e supõe que ocorreu apenas uma troca de dados entre as lojas 1 e 3, que estão localizadas no Shopping Iguatemi, com o mesmo nome de fantasia (Pedágio). Disse que, de acordo com os demonstrativos anteriormente apresentados, as vendas reais do estabelecimento somam R\$788.961,83, contra o valor de R\$754.072,18, constante da Redução Z, o que implica em diferença de R\$34.889,65 e que o valor de R\$1.036.188,19, indicado na autuação, não se refere a vendas do estabelecimento autuado, o que pode ser constatado na documentação que coloca à disposição numa possível revisão fiscal.

Finalizou dizendo que protestava por todos os meios de prova em direito admitidos, pedindo revisão por fiscal estranho ao feito, que fosse julgada nula ou improcedente a quinta infração e improcedente as demais infrações contestadas, o que culminava com a procedência parcial da autuação.

O autuante se manifestou às fls. 1889 a 1890 e disse que mantinha os termos da informação fiscal prestada anteriormente, que entende ter sido prestada com bastante clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos qualitativos e quantitativos. Esclareceu que o levantamento fiscal foi feito utilizando o programa “SAFA” e que já foram juntados ao processo todos os relatórios TEF relativos ao período fiscalizado.

Alegou que a revisão fiscal pretendida pelo autuado, objetivava apenas postergar o julgamento e o conseqüente pagamento. Reiterou a informação fiscal prestada e pediu a procedência da autuação.

A 3ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fls. 1893 a 1895) para que o autuante produzisse nova informação fiscal e refizesse os demonstrativos de acordo com os documentos fiscais e alegações formuladas pelo autuado, inclusive indicando os procedimentos que deveriam ser adotados em relação aos documentos anexados com a defesa.

O autuante manifestou-se às fls. 1897 a 1900 e disse que em relação às infrações tipificadas na autuação adotou os seguintes procedimentos:

- 1) INFRAÇÃO 1: Manteve o valor exigido de R\$494,05, relativo ao recolhimento a menor do ICMS, na condição de EPP, relativo ao mês de janeiro/03, conforme demonstrativo juntado à fl. 335 e 1037.

- 2) INFRAÇÃO 2: Acatou o demonstrativo apresentado pelo autuado às fls. 336 e 337, relativo à omissão de entrada, com base de cálculo de R\$44.043,98 e ICMS devido de R\$7.487,51;
- 3) INFRAÇÃO 3: Apresentou novo demonstrativo à fl. 1901, relativo a notas fiscais não registradas na escrita fiscal nos meses de março, abril e julho de 2003, o que resultou em valor devido de R\$686,18;
- 4) INFRAÇÃO 4: Apresentou novos demonstrativos às fls. 1902 a 1924, relativo ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, resultando em valor total devido de R\$4.899,91, sendo R\$2.823,30 relativo ao exercício de 2003 e R\$2.076,61 referente ao exercício de 2004;
- 5) INFRAÇÃO 5: Manteve o valor exigido de R\$48.059,72 relativo à omissão de saídas apuradas por meio de levantamento de cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido pelas empresas administradoras de cartão;

Finalizou dizendo que atendeu à diligência em conformidade com as provas apresentadas e pediu que a autuação fosse julgada parcialmente procedente.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência e concedeu prazo de trinta dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado manifestou-se às fls. 1928 a 1929, inicialmente disse que reiterava todos os termos da defesa inicial e demais pronunciamentos e reforçou a necessidade de revisão fiscal, especialmente em relação à infração 5, pelos seguintes argumentos:

INFRAÇÃO 1: Que apesar da redução significativa indicada pelo autuante, prevalece a necessidade de uma revisão fiscal quanto os dados constantes na autuação e os ofertados na defesa, cuja documentação encontra-se à disposição da fiscalização;

INFRAÇÃO 2: Foram acatados os demonstrativos e valores apresentados na defesa, não restando nenhuma controvérsia, reconhecendo o valor devido de R\$7.487,51;

INFRAÇÃO 3: A empresa encontrava-se desobrigada da escrituração nos meses de janeiro e fevereiro, e que não foi escriturada apenas a Nota Fiscal de nº 22309. Requer revisão;

INFRAÇÃO 4: Foi atendido os reclames do autuado, contudo, pede que também seja revisado;

INFRAÇÃO 5: Que o autuante silenciou-se, o que no seu entendimento demonstra a ineficácia da exigência fiscal e requer uma revisão completa, tendo em vista que supõe que na autuação ocorreu uma troca de dados das vendas entre as lojas 1 e 3, ambas situadas no Shopping Iguatemi, com o mesmo nome fantasia (Pedágio). Ressaltou que as vendas reais do estabelecimento totalizam R\$788.961,83 contra R\$754.072,18 constante da redução Z, o que implica numa diferença de R\$34.889,65. Afirmou que o valor de R\$1.036.188,16, utilizado como suporte na autuação não se refere a vendas do estabelecimento autuado, o que pode ser constatado através de uma revisão fiscal.

Por fim, protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e pediu uma revisão fiscal por estranho ao feito, e a posterior juntada de documentos. Requeru a nulidade ou improcedência da infração 5, improcedência das infrações 1, 3 e 4, e a procedência parcial da infração 2.

Através do Acórdão JF nº 0157-03/06, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência Parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) preliminarmente, quanto à alegação defensiva de que teria havido cerceamento do direito de defesa, o que ensejaria a nulidade da autuação, manifestou-se o órgão de Primeira Instância no sentido de que a preliminar deve ser rejeitada *“haja vista que por meio de diligência fiscal determinada por esta Junta (fl. 1120), foram entregues ao autuado as cópias do Relatório de Informações TEF, conforme documentos juntados às fls. 1126 a 1873, relativo a operações*

praticadas pelo contribuinte, o que possibilitou identificar a diferença de todas operações informadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito em relação às leituras de redução Z registradas no seu equipamento de emissão de cupons fiscais, implicando em não restrição ao exercício do direito de defesa”;

- b) no tocante ao pedido de revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, também o rejeitou sob o fundamento de que nos autos se encontram todos os elementos necessários à formação da convicção do julgador;
- c) com relação à infração 1, decidiu que *“que assiste razão ao autuado, tendo em vista que no demonstrativo juntado pelo autuante (fl. 27), foi computado os valores de vendas levantados no período de agosto a dezembro e feito um rateio relativo aos demais meses, em relação ao valor das vendas informada na DME, método este impróprio para apuração do ICMS pelo regime adotado pelo autuado”, acatando “o demonstrativo juntado pelo autuado à fl. 335 e considerando devido o valor de R\$494,05”;*
- d) no que concerne à segunda infração, entendeu o *a quo* que *“depois da realização de diversas diligências, o autuante acatou todas alegações defensivas”*, pelo que considerou devido o valor de R\$7.487,51, nesta infração, conforme demonstrativo sintético juntado pelo autuado à fl. 336; ressaltou, todavia, que tendo em vista que na infração 5 também se está exigindo imposto por presunção com valor superior a este item, concluiu pela improcedência da infração 2;
- e) de referência à infração 3, asseverou que *“Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que assiste razão ao autuado, haja vista que, as notas fiscais relacionadas pelo autuante (fl. 1901), foram efetivamente escrituradas no livro de Registro de Entrada de Mercadorias”*, conforme demonstrativo que indicou no voto, razão pela qual *“não restou comprovada a escrituração apenas da nota fiscal nº 22309, no valor de R\$1.134,00, devendo ser mantida a multa aplicada de R\$113,40, correspondente ao percentual de 10%, conforme previsto no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96”*; salientou, ainda, que a *“alegação defensiva de que na apuração do imposto deveria ser considerado o regime de apuração previsto para as empresas enquadradas como EPP (SimBahia), não pode ser acatada, tendo em vista que consta no banco de dados da Secretaria da Fazenda, que o contribuinte esteve enquadrado naquele regime até 01/04/02, sendo que o débito exigido nesta infração refere-se ao exercício de 2003, quando o contribuinte já estava enquadrado no regime normal de apuração do imposto”*;
- f) quanto à infração 4, decidiu que *“tendo sido corrigido todas as inconsistências do levantamento fiscal e não tendo o defendente apresentado novos elementos ao processo que justificasse o pedido de revisão, acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 1902 e 1920, e considero devido o valor de R\$4.899,91”*, conforme demonstrativo constante do voto proferido;
- g) por fim, no que se refere à infração 5, manifestou-se a R. 3.^a Junta de Julgamento Fiscal no sentido de que *“Quanto às duas alegações iniciais, não podem ser acatadas, tendo em vista que não foram trazidos ao processo quaisquer provas destes argumentos defensivos”*, fazendo alusão aos argumentos defensivos de que *“as diferenças podem ter ocorrido em razão de informações equivocadas recebidas pelo fisco a exemplo de concentração de vendas num só estabelecimento”* e de que *“Fez transferência de máquinas entre estabelecimentos e a diferença apurada pelo fisco pode ter sido resultante em alocação errada de estabelecimento”*; com relação à alegação de que *“Solicitou das administradoras de cartão as informações prestadas ao fisco, mas não as recebeu até o limite para apresentação da defesa”*, entendeu que *“o autuado ao se manifestar em relação à informação fiscal (fls. 1045 a 1047), juntou ao processo um demonstrativo de vendas por meio de cartões de crédito, dia a dia, às fls. 1048 a 1105 e disse que à vista destes relatórios não existem as diferenças*

apontadas no Auto de Infração”, sendo que “Em diligência determinada por esta JJF, foi entregue ao autuado o relatório TEF diário fornecido pelas empresas administradoras de cartão de crédito, conforme documentos juntado à fl. 1120 e cópias dos relatórios às fls. 1126 a 1873”, verificando que “não pode ser acatada a alegação defensiva de que as diferenças apontadas na autuação decorrem do fato de ter sido considerada vendas de outro estabelecimento do mesmo titular, tendo em vista que foi fornecido ao autuado, cópia do relatório TEF diário fornecido pelas empresas administradoras de cartão de crédito, o que possibilitou confrontar o mencionado demonstrativo com as vendas registradas na redução Z e comprovar a emissão de documentos fiscais relativo aos boletos de vendas por meio de cartão de crédito, que não foram registrados no ECF como vendas por meio de cartão”, estando, pois, correto o valor das vendas indicado na autuação; no que diz respeito “à alegação defensiva de que na apuração do imposto devido, deveria ser considerado o regime de apuração previsto para as empresas enquadradas como EPP (SimBahia), verifico que no banco de dados da Secretaria da Fazenda consta que o contribuinte esteve enquadrado como EPP até 01/04/02, passando a condição de Normal a partir desta data” e “Como o débito exigido nesta infração refere-se ao exercício de 2003, não pode ser acatada tal alegação, haja vista que o contribuinte não estava enquadrado no regime de apuração do imposto pretendido pelo autuado”; ressaltou, ainda, que “conforme prevê o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, o imposto exigido nesta infração refere-se à 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”;

- h) reduziu o valor da autuação para R\$53.453,68, correspondente ao imposto devido, acrescido da multa no importe de R\$113,40, conforme quadro demonstrativo indicado no voto prolatado.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão pela mesma proferida, em face do quanto prescrito no art. XX, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, insurgindo-se apenas quanto à infração 5, julgada procedente em Primeira Instância. Assevera, inicialmente, que *“os fatos apontados no Auto de Infração, sozinhos, não podem conduzir à presunção instaurada, e que, por outro lado, mesmo que admitida a hipótese legal de forma genérica, na época dos fatos indicados no Auto de Infração não existia previsão legal específica para a aplicação da presunção de omissão de receita a partir de supostas divergências entre informações de administradoras e instituições financeiras e as “reduções” extraídas dos equipamentos do contribuinte”*. Aduz que tentará provar, não só a sua inaplicabilidade, mas também que é inteiramente improcedente a presunção de omissão de receita, pelo que poderá ser aplicado o quanto disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF, cujo teor transcreve.

Argumenta, inicialmente, que inexistente previsão legal para se exigir do contribuinte que os sistemas registrem os pagamentos de suas vendas de acordo com as diversas modalidades adotadas pelos consumidores (cartões de crédito ou débito, espécie, cheques, etc.). Salaria que não há no RICMS a imposição de que se registre na Nota Fiscal, ou no seu cupom fiscal, a modalidade de pagamento, não tendo havido a alegada infringência ao art. 218, do Decreto nº 6.287/97, utilizado como *“enquadramento legal da exigência”*. Por tal razão, prossegue se não existe a obrigação regulamentar de se detalhar no documento fiscal a fórmula de pagamento, a presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.542/02, não pode ser utilizada a partir de uma obrigação inexistente. Transcreve o citado dispositivo legal. Ressalta, ainda nesse envolver, que é fácil observar que a lei não autoriza que as diferenças entre as *“reduções”* e as informações das administradoras sejam utilizadas para lastrear a presunção de omissão de receita, atribuindo a lei esse condão ao que chama de *“declarações de vendas”*, dado que, pelo menos no presente caso,

não pode ser simplesmente equiparado à reduções, desprezando-se os demais elementos de informações, em especial a contabilidade e a escrita fiscal. Afirma que na sua contabilidade e escrita fiscal é que estão regulares as suas declarações de vendas sobre as quais, inclusive, o autuado fez incidir o ICMS nos meses autuados, documentos que se encontram à disposição do Fisco para uma revisão, o que foi tentado durante todo o processo e até então não foi atendido, restando prejudicado o amplo direito de defesa.

Acrescenta, por ser matéria de direito não atingida pela preclusão, que a autuação se reporta ao exercício de 2003, sendo flagrante a ilegalidade da cobrança sobre esse período, eis que, se ultrapassada a fundamentação acima, verificar-se-á que a autorização legal para a presunção que foi adotada no Auto de Infração somente foi acrescentada ao RICMS com o Decreto 8882, de 20/01/04. Logo, prossegue somente a partir desta data o contribuinte ficou obrigado a indicar no cupom o meio de pagamento adotado, não havendo que se falar em possibilidade de autuação pela modalidade adotada sobre fatos geradores de 2003. Informa que esta, inclusive, foi a conclusão extraída pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em decisões unânimes, invocando e transcrevendo, no particular, as Ementas dos Acórdãos CJF nºs 0184-11/05 e 0196-12/05, das lavras, respectivamente, dos Conselheiros Ciro Roberto Seifert e Nelson Antonio Daiha Filho. Argumenta que não se pode dizer que o art. 824-E, do RICMS, já previa tal obrigação, respaldando a presunção, posto que tal dispositivo, inclusive, foi expressamente revogado pelo Decreto n.º 9.760, de 19/01/06, não prevendo, em momento algum a citada obrigação. Questiona o porquê do Decreto n.º 8882/04 se a obrigação já existia, bem como se o mesmo serviria para “*regular assunto já regulado*”. Ressalta que além da materialidade apontar para a inexistência de omissão, ilegal se apresenta a adoção da presunção no exercício de 2003, por falta de amparo regulamentar. Transcreve o art. 824-E, do RICMS.

Informa, por ser também de fundamental importância para o deslinde da questão, que o autuado vende, quase que exclusivamente, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como revelam, inclusive, os demais itens do lançamento, tratando-se de outro fundamento que não sido até então abordado e que não pode ser atingido pela preclusão, fazendo-se necessária a realização de diligência. Argumenta que mais de 80% de suas vendas são de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária – com o ICMS recolhido quando das aquisições – não cabendo a nova tributação, ainda que por presunção, sobre mais de 80% de mercadorias que, então, foram comercializadas no mesmo período com a fase de tributação encerrada, provocando verdadeiro *bis in idem*. Salienta que o mesmo percentual haveria de ser reduzido da cobrança do imposto, visto que, ainda que existissem vendas através de cartão, não declaradas, as saídas, em pelo menos 80%, não mais seriam tributadas. Invoca decisões deste CONSEF nessa diretiva, a saber, Acórdãos JJF nºs 0226-03/05, da lavra da Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, e 0384-11/05, da lavra do Conselheiro Oswaldo Ignácio Amador.

Repisa o entendimento de que há a necessidade de revisão do feito, já tendo, inclusive, apresentado os demonstrativos das vendas por cartões de crédito pelo estabelecimento autuado, dia a dia, administradora por administradora, através dos quais se pode concluir que não existem diferenças apontadas no Auto de Infração, ressaltando que o que certamente ocorreu foi uma troca dos dados das vendas entre as lojas 1 e 3, com CNPJ's distintos, ambas situadas no Shopping Iguatemi e que possuem o mesmo nome de fantasia – “PEDÁGIO”. Reitera a tese de que as vendas reais do autuado não correspondem àquelas indicadas na autuação, conforme demonstrativos analíticos já apresentados nos autos. Aduz que a Junta desprezou por completo os demonstrativos apresentados pelo autuado, fazendo-o com base em apenas dois exemplos comparativos, feito apenas em dois dias, o que prejudicou cabalmente o exercício do direito de defesa. Afirma que a manutenção de tal entendimento por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF resultará em prejuízo para o Estado, uma vez que no Poder Judiciário acatará o entendimento do autuado.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de revisão fiscal por estranho ao feito, colocando à disposição toda a documentação necessária e a posterior juntada de documentos, pedindo que o item 5 seja julgado nulo ou improcedente, o que culminará com a procedência parcial do lançamento.

À fl. 1970 dos autos, o autuado atravessa novo petitório, esclarecendo que já havia sido cientificada acerca da Decisão proferida em Primeira Instância, ao tempo em que acosta aos autos cópia idêntica de suas razões recursais anteriormente apresentadas.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, manifestando-se, inicialmente, acerca da alegação defensiva quanto à inexistência de norma legal que exija do contribuinte a discriminação das suas vendas. No que concerne ao citado argumento, transcreve o art. 824-E, do RICMS/97-BA, e assevera que a mesma já previa expressamente a necessidade da discriminação das modalidades de vendas, conforme pode extrair da redação dos seus §§ 2.º e 3.º. Prossegue aduzindo que o parágrafo primeiro da norma obrigava o contribuinte a lançar estas operações no seu ECF. Outrossim, salienta que não há como prosperar a alegação de que inexistia, na época, a possibilidade de autorização às Administradoras para informarem as vendas efetuadas, pois esta relação obrigacional, de natureza acessória, restringe-se à Administradora e a Fiscalização. Quanto ao parágrafo terceiro, ressalta que a obrigação acessória fica ainda mais clara, pois se refere àquelas situações onde as informações não puderam ser lançadas no ECF, nas hipóteses de sinistro ou defeitos. Assinala que tal obrigação já existia desde a edição do Convênio ECF n.º 01/98, cujo teor transcreve.

No que se refere à impossibilidade de cotejo somente entre as informações constantes da Redução Z com as informações das Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, manifesta-se no sentido de que melhor sorte não merece o recorrente. Transcreve o art. 4.º, § 4.º, da Lei n.º 7.014/96, que trata da presunção, para asseverar que caberia ao autuado fazer prova contrária à presunção normativa colacionando aos autos os documentos fiscais que elidissem a divergência apontada pela administradora de cartão, especificamente àqueles relativos às vendas com cartão de crédito e de débito, vinculando-os aos dados das administradoras, tendo-se limitado o mesmo a fazer uso da contestação administrativa genérica, não carreando aos autos nada substancialmente forte que possa elidir a infração apreciada. Ademais, prossegue as informações advindas do exame dos livros contábeis ou fiscais do contribuinte não se prestam a fazer a elisão da presunção legal ora rechaçada, pois, conforme dito alhures, a única forma de elidir tal prova indireta de omissão de saídas seria a colação de documentos fiscais emitidos e declarados no ECF, salvo as hipóteses estabelecidas na norma, vinculando-os com os boletos fiscais emitidos pelos equipamentos de transferência eletrônica de fundos.

Com relação à tese defensiva de que deve ser aplicado à proporcionalidade, tendo em vista o mesmo operar com mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária, a despeito de ressaltar o nobre Parecerista que aderiria à argumentação alinhada por ser esta a nova orientação das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, entende que no presente caso não é possível a sua aplicação, posto que o cotejo entre as mercadorias tributadas e as não-tributadas (isentas/substituição tributária) já foi realizado nos levantamentos de fls. 1902/1924.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada do julgamento, decidiu esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converter o presente PAF em diligência, a fim de que a ASTEC (fl. 1992) verificasse “*na escrita fiscal do contribuinte e nos documentos que lhe dão suporte qual o percentual de entradas e saídas de mercadorias tributadas, não tributadas ou com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributária, relativamente ao período objeto do lançamento de ofício em exame*”. Foi ressaltado no pedido de diligência, ainda, que “*Acaso demonstrado que nem todas as saídas são tributadas ou já o foram pelo regime da ST, proceder ao cálculo do valor residual do AI, considerando apenas o*

percentual de saídas de mercadorias com débito de ICMS (cálculo da proporcionalidade)”. Ao final foi solicitado que, realizada a diligência, fosse dada vista do resultado ao autuante e autuado para que ambos, querendo, se manifestassem.

Através do Parecer ASTEC nº. 28/2007 (fl. 1994/1996) manifestou-se o fiscal diligente no sentido de que *“Conforme planilha de fl. 1997, restou demonstrado que nem todas as saídas foram tributadas, sendo procedido ao cálculo do valor residual do AI, considerando apenas o percentual de saídas de mercadorias com débito de ICMS (cálculo da proporcionalidade), conforme demonstrado à fl. 1998”*. Em sede de conclusão, asseverou o diligente que o valor original do débito para a infração 5 que era de R\$48.059,72, após a diligência efetuada reduziu para R\$10.635,05, conforme demonstrativo de débito indicado.

O autuante foi devidamente intimado do resultado da diligência e não se manifestou. Por outro lado, os AR's de intimação do autuado enviados para o endereço da empresa e de sua sócia retornaram à SEFAZ com a informação de que ambos haviam se mudado (fls. 2001 e 2004). Posteriormente, intimado através de EDITAL (fl. 2005), quedou-se o autuado silente.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, através de nova manifestação nos autos, com espeque no resultado da prova técnica produzida nos autos e acatando a aplicação do critério da proporcionalidade, opina pelo “Provimento” do Recurso voluntário para reduzir o valor do débito para R\$10.635,06.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário – Item 5)

Inicialmente, ingressarei na seara de análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, cuja irresignação reside tão-somente quanto à procedência da infração 5, enfrentando, *ab initio*, a preliminar de nulidade que se confunde com o próprio mérito pelo mesmo sustentada acerca da impossibilidade de utilização do critério da presunção legal para embasar a existência de omissão de receita no período autuado, qual seja, o ano de 2003, posto que o mesmo somente foi incorporado ao ordenamento jurídico estadual em 20/01/04, através de Alteração promovida com o Decreto nº 8882/04.

Acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

Isso porque, conforme entendimento que tenho manifestado em votos anteriores, o § 7.º foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração nº 51, através do Decreto nº 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04, razão pela qual somente a partir daquela data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no Cupom Fiscal o meio ou forma de pagamento adotado na operação ou prestação.

Esse, inclusive, é o entendimento constante dos Acórdãos nºs 0184-11/05, da lavra do Conselheiro Ciro Roberto Seifert, e 0196-12/05, da nossa lavra, invocados pelo recorrente em sua peça recursal e que se aplicam inteiramente ao presente caso, como se aqui estivessem literalmente transcritos.

Destarte, tendo em vista que a infração 5 abrange tão-somente o exercício de 2003, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, a fim de decretar a nulidade da infração 5.

No que se refere ao Recurso de Ofício, apresentado em razão do prejuízo sofrido pelo Estado com a prolação da Decisão de Primeira Instância, merece reparos a Decisão recorrida.

Quanto à infração 1, restou demonstrado que o demonstrativo colacionado aos autos pelo autuante (fl. 27) computou os valores de vendas levantados no período de agosto a dezembro, fazendo-se um rateio relativo aos demais meses, em relação ao valor das vendas informada na DME, método este que não pode ser utilizado para apuração do ICMS, em razão do regime adotado pelo autuado, pelo que deve ser acatado o demonstrativo juntado por ele à fl. 335 e considerado devido o valor de R\$494,05.

De referência à infração 2, após a realização de inúmeras diligências por parte do autuante, o mesmo acatou as alegações defensivas do recorrente, considerando devido o valor de R\$7.487,51, à luz do demonstrativo sintético juntado pelo autuado à fl. 336. Saliento que, em virtude de ter julgado nula a infração 5, objeto do Recurso Voluntário, não poderá a infração 2, como decidiu a 3ª JJF, ser absorvida pela infração 5, razão pela qual dou provimento, quanto a este aspecto, ao Recurso de Ofício, notadamente porque o próprio autuado solicitou nos presentes fôlios processuais a redução ao mencionado valor.

No tocante à infração 3, mantém-se, de igual forma, a fundamentação constante da Decisão recorrida, uma vez que as notas fiscais relacionadas pelo autuante (fl. 1901) foram efetivamente escrituradas no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, como se depreende da simples leitura do demonstrativo indicado no voto de Primeira Instância, não tendo ficado comprovada, tão-somente, a escrituração apenas da Nota Fiscal nº 22309, no valor de R\$1.134,00, devendo ser mantida a multa aplicada de R\$113,40, correspondente ao percentual de 10%, conforme previsto no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

Com relação à infração 4, o próprio autuante corrigiu as inconsistências constantes da autuação, não tendo o defendente apresentado novos elementos ao processo que viesse a justificar o pedido de revisão, devendo, pois, ser acatado o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 1902 e 1920 e considerado devido o valor de R\$4.899,91.

Ex positis, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício interposto, a fim de julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a infração 2, no valor de R\$7.487,51, mantendo em relação as demais infrações a Decisão de Primeira Instância.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário - Item 5 e Fundamentação do Recurso de Ofício – Item 2)

Quanto ao Recurso Voluntário, respeitosamente divirjo do entendimento do ilustre relator, pois considero que a infração 5 está devidamente caracterizada e que a Decisão recorrida merece reparo apenas quanto às operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O recorrente alega falta de previsão legal para a aplicação da presunção de omissão de receita com base na divergência entre informações de administradoras e instituições financeiras e as “reduções z”. Contudo, entendo que essa tese recursal não pode prosperar, senão vejamos.

A Lei nº 8.542/02, com efeitos a partir de 28/12/02, incluiu no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 a previsão de que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Os autos mostram que a infração 5 trata de fatos ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2003, portanto aplica-se a previsão introduzida pela Lei nº 8.542/02, citada acima, restando saber qual a “declaração de venda” que se deve confrontar com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito.

Sustenta o recorrente que a sua real “declaração de venda” é a informada nas suas escritas fiscal e contábil, não podendo ser considerada apenas as vendas constantes nas “reduções z” dos ECFs.

Interpretando o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, depreendo que a “declaração de venda” a ser confrontada com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito corresponde ao somatório das “reduções z”, como vêm reiteradamente decidindo este CONSEF. Não seria razoável supor que o disposto no referido § 4º determinasse a comparação de todas as vendas efetuadas pelo estabelecimento com as informadas pelas administradoras de crédito e/ou débito, pois as vendas totais serão sempre maiores ou iguais às vendas pagas com cartão.

Também alega o recorrente que, no período abarcado pela presente autuação, não havia previsão legal que o obrigasse a indicar nos cupons e notas fiscais o meio de pagamento adotado nas operações, 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 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. Além do mais, como bem salientou o ilustre representante da PGE/PROFIS, essa obrigatoriedade já era prevista desde a edição do Convênio ECF 01/98. Ressalto que os Acórdãos nºs 084-11/05 e 0196-12/05 não podem ser considerados como precedentes válidos, pois contradizem a legislação tributária estadual e não refletem o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Também alega que as suas escritas foram desprezadas e que a diligência solicitada foi indeferida. Nesse ponto, considero que foi correto o posicionamento da Primeira Instância, pois cabia ao recorrente comprovar a procedência da presunção legal, não havendo nos autos elementos que evidenciassem a necessidade da diligência solicitada pelo contribuinte.

Adentrando no mérito, constato que a exigência fiscal está baseada em prova conclusiva que autoriza a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, pois 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.

Quanto à alegada troca de dados das vendas referentes às lojas 1 e 3, que possuem o mesmo nome de fantasia, cabia ao recorrente comprovar tal fato, conforme já dito acima. Dessa forma, foi correto o posicionamento da Primeira Instância acerca dessa alegação, bem como sobre as planilhas apresentadas pelo recorrente. A Decisão da Primeira Instância está fundamentada e não houver o referido cerceamento de defesa.

No que tange à questão das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o entendimento que vem se firmando neste CONSEF é que o imposto a ser cobrado deve ser apurado proporcionalmente às operações tributáveis realizadas pelo contribuinte no período considerado. Dessa forma, acolho o resultado da diligência efetuada pela ASTEC, que apurou o débito de R\$10.635,06, conforme demonstrativo à fl. 1998.

Em face do comentado acima, comungo com o entendimento externado pela PGE/PROFIS, pois o recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento novo capaz de elidir a presunção legal que embasou a autuação, porém o débito deve ser retificado em razão da adequação da exigência fiscal proporcionalmente às saídas tributáveis.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 5 procedente em parte, no valor de R\$10.635,06.

Quanto ao Recurso de Ofício, acompanho o ilustre relator no que tange às infrações 1, 3 e 4.

Relativamente à infração 2, entendo que foi correta a Decisão do relator, porém discordo da fundamentação que foi empregada, conforme passo a me pronunciar.

Na Decisão recorrida, a 3ª JJF entendeu que a infração em tela estava parcialmente caracterizada, no valor de R\$7.487,51, conforme demonstrativo à fl. 336. Todavia, a Junta de Julgamento decidiu pela improcedência deste item da autuação, tendo em vista que na infração 5 também se estava exigindo imposto por presunção com valor superior a este item, ficando o débito referente à infração 2 absorvido pelo débito cobrado na infração 5.

Efetivamente, as infrações 2 e 5 são referentes a imposto apurado com base em presunção legal, bem como o valor cobrado na infração 2 é inferior ao exigido na infração 5. Contudo, esse fato,

por si só, não acarreta a absorção do débito referente à infração 2 pelo cobrado na infração 5, como decidiu a Primeira Instância.

Examinado as referidas infrações, constata-se que as duas irregularidades são diferentes e estão embasadas em presunções legais diversas. A infração 2 decorre de omissão de saída apurada com base em entradas não registradas, ao passo que a infração 5 é decorrente de vendas pagas com cartão de crédito em valor inferior às informadas pelas administradoras de cartão. Dessa forma, não está comprovado que a presunção da infração 2 esteja compreendida na da infração 5, condição necessária para que ocorra a absorção prevista no § 1º do art. 60 do RICMS-BA.

Pelos motivos expostos acima, considero que a Decisão recorrida referente à infração 2 deve ser modificada, para que a exigência fiscal seja restabelecida no valor que foi reconhecido pelo próprio autuante na informação fiscal (R\$7.487,51).

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 2 procedente em parte, no valor de R\$7.487,51, mantendo inalteradas as demais decisões da Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, em Decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 118973.0015/04-5, lavrado contra **DANIELA OLIVEIRA MORAIS (PEDÁGIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.516,53**, acrescido das multas de 50% sobre R\$494,05, 60% sobre R\$4.899,91 e 70% sobre R\$18.122,57, previstas no art. 42, I, “b”, item 3, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$113,40** prevista no art. 42, IX, “c” da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Item 5 e Fundamentação do Recurso de Ofício – Item 2) - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário – Item 5 e Fundamentação do Recurso de Ofício – Item 2) - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário – Item 5)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Item 5)

MARA LINA SILVA DO CARMO - REPR. DA PGE/PROFIS