

A. I. N.^º - 178891.5011/06-2
AUTUADO - M&M MERCADINHO LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 11/09/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0288-03/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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. Autuado comprovou que parte dos valores contidos na Redução “Z” do ECF, foram registrados como recebimentos em dinheiro. Infração parcialmente subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de perícia indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/09/2006 reclama ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006, no valor de R\$44.785,10, com multa aplicada de 70%. Consta na descrição dos fatos que as vendas em cartão de crédito ou de débito lançadas pelo contribuinte ficaram abaixo dos valores informados à Secretaria da Fazenda pelas administradoras dos respectivos cartões.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação tempestiva às fls. 40 a 77 do presente processo administrativo fiscal, discorrendo inicialmente sobre a infração imputada, e os princípios constitucionais da legalidade objetiva e da verdade material inserido expressamente no artigo 2º do RPAF/99 e artigo 2º do Regimento Interno do Conseg, aduzindo que o ônus da prova pertence ao fisco, devendo obedecer ao artigo 5º, LVI da Constituição Federal e 151, III do CTN. Destaca o princípio da inquisitoriedade, citando ensinamentos do Professor José Luis Saldanha Sanches, Professor Ruy Barbosa Nogueira, como também o princípio da tipicidade cerrada. Como preliminar de nulidade, aduz a existência de vícios insanáveis no presente processo nos termos do artigo 18 do RPAF/99. Pede que a JJF, leve a efeito o conteúdo do artigo 18, §1º do citado diploma regulamentar, pois a condição *sine qua non* para que um Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal é que as incorreções ou omissões existentes sejam eventuais, e que digam respeito à natureza meramente formais, que não se aplica ao caso em apreço, tendo em vista que as omissões e incorreções do presente PAF possuem natureza grave e as exigências não observadas pelo autuante são substanciais e não formais. Sustenta que o seu direito de defesa foi cerceado, uma vez que o autuante não forneceu cópia do Relatório TEF- Operações em “formato de papel”, constando todas as operações informadas pelas Administradoras de Cartões, discriminando o dia, a administradora, o número da autorização, o valor da operação e a sua natureza (se débito ou crédito), além da relação de quais foram as operações que constam deste Relatório e que não

constam nas bobinas dos equipamentos ECF. Cita o Acórdão 303-25.277, Relator Hélio Loyolla de Alencastro, Acórdão 104-6. 427, Acórdão CJF 033-12/05, JJF0159-04/05, CJF 0270-11/05, CJF 0034-12/05, JJF 0492-02/04, JJF 0505-04/04, para fortalecer suas alegações defensivas. Reproduz o artigo 39, III do RPAF/99, dizendo que o autuante não descreveu de forma objetiva, clara e completa a infração imputada, e não forneceu à empresa o documento através do qual apurou o valor das transações comerciais realizadas por meio de cartão de crédito ou débito. Cita o artigo 18, IV do RPAF/99, para robustecer suas alegações, informando que o autuado se trata de empresa de pequeno porte, que opera no ramo do comércio varejista de gêneros alimentícios, cuja grande parte é isenta do ICMS, e submetida ao regime da substituição tributária e ou antecipação tributária. Reproduz julgados do Conseg através dos Acórdãos JJF 0045/99, 1079/99, 0062-05/05, 0094-01/05 e CJF 0071-11/05. No mérito, diz que o Auto de Infração é improcedente, pedindo aos julgadores que atentem para a existência da disposição contida no artigo 155, parágrafo único do RPAF/99, reproduzindo o seu teor. Informa que o estabelecimento comercial da empresa está localizado em um bairro da periferia da cidade do Salvador atuando no ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação nas saídas por estarem incluídos no artigo 14 do RICMS-BA como isentos. Elenca os produtos hortifrutigranjeiros e agropecuários que estão contidos nas bobinas do ECF da empresa. Salienta que comercializa, também, mercadorias com fase de tributação encerrada, citando os produtos. Diz que existem igualmente mercadorias sujeitas à alíquota de 7% e com base de cálculo reduzida, a exemplo de açúcar e óleo de soja, além de ter recolhido o imposto por antecipação parcial referente a diversos produtos. Entende que o roteiro de fiscalização é inadequado em virtude da natureza da atividade da empresa, pois, no mês de abril de 2006, comercializou com aproximadamente 69,08% de mercadorias isentas e substituídas e que apenas 30,82% das operações comerciais da empresa são tributadas pela alíquota de 17%. Cita diversos julgados do Conseg para fortalecer o pedido de nulidade e improcedência a exemplo dos Acórdãos CJF 0203-11/05, JJF 0029-02-05, JJF 0023-02/05, JJF 0095-02/05, JJF 0249-03/05, JJF 00882-04/05. Acrescenta que a diferença apontada pelo autuante entre o total constante na redução Z e notas fiscais não coincide com a verdade, e que está apresentando novo demonstrativo que apura o valor real da diferença, sendo que a maior parte das mercadorias comercializadas são isentas ou não sofrem tributação quando das suas saídas. Cita novamente diversos julgados do Conseg, a exemplo dos Acórdãos JJF 0322-03/05, 0226-03/05, CJF 0050-11/05, que consideraram nulos ou improcedentes processos administrativos fiscais da mesma natureza. Entende que a pretensão do fisco é nula , tendo em vista que o autuado foi acusado por presunção e o autuante não tem a prova material para comprovar tal acusação. Sustenta que o defendant possui ECF devidamente registrado na SEFAZ, cumprindo todas as formalidades legais previstas na legislação tributária; que o autuante se baseou em presunção; que a maior parte das mercadorias comercializadas são isentas ou pagas por antecipação tributária e substituídas; que não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade de o contribuinte conservar ou guardar comprovantes de débito e/ou crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras para apresentar à SEFAZ, por não se tratar de documento fiscal; que não existe na legislação tributária federal ou estadual do ICMS, a obrigatoriedade de a empresa que utiliza ECF-MR de demonstrar na sua escrita fiscal ou contábil quanto vendeu em cartão de crédito/débito; que a mera divergência entre o total constante na redução Z e as informações prestadas pelas instituições financeiras não é motivo suficiente para autuação; que o resultado apurado pela fiscalização não retrata a realidade dos fatos. Reproduz Acórdãos JJF 0202-04/05, CJF 0333-11/05, JJF 0220-01/05, JJF 0075-04/05, CJF 00190-11/05, CJF 0052-04/05 para robustecer suas alegações. Pede a aplicação da proporcionalidade entre as saídas das mercadorias tributadas, isentas, inseridas na cesta básica, beneficiadas com redução de base de cálculo, submetidas ao regime da substituição ou antecipação tributária, citando o Acórdão CJF 0291-12/06. Pede que não sendo acatado o pedido de nulidade, que seja solicitado ao autuante efetuar demonstrativo analítico das saídas efetuadas pelo autuado através das reduções "Z" dos ECFs pelo valor total, acrescido dos valores constantes das notas fiscais série D -1, constando o

valor das saídas de mercadorias isentas, mercadorias cujo ICMS foi recolhido pelo regime de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária e o valor das saídas de mercadorias tributadas e que seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido. Diz que acatado o pedido pela aplicação da proporcionalidade, realizou o levantamento referente ao mês de abril de 2006 tendo apurado o débito da seguinte forma: diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total apurada R\$91.737,34; diferença real existente apurada pelo autuado R\$80.646,89. Pela proporcionalidade, o percentual de 30,82% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de R\$24.853,48 cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$4.225,41. Entende que o total do ICMS apurado no mês de abril de 2006 é de R\$4.225,41 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$1.988,43 conforme prevê o art. 408-S, parágrafo 1º do RICMS-BA, resulta no ICMS devido de R\$2.236,98. Sustenta que aplicando o mesmo parâmetro para os demais meses apurou os seguintes valores: quanto ao mês de janeiro de 2006 diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total apurada: R\$75.569,92; diferença real existente apurada pelo autuado R\$56.729,38; pela proporcionalidade, o percentual de 30,82% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de R\$17.483,99 cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$2.972,28. Entende que o total do ICMS apurado no mês de janeiro de 2006 é de R\$2.972,28 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$1.398,72 conforme prevê o art. 408-S, parágrafo 1º do RICMS-BA, resulta no ICMS devido no valor de R\$1.573,56. Quanto ao mês de fevereiro de 2006 a diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total R\$80.527,27; diferença real existente apurada pelo autuado R\$67.243,30. Pela proporcionalidade, o percentual de 30,82% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de R\$20.724,39 cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$3.523,15. Entende que o total do ICMS apurado no mês de fevereiro de 2006 é de R\$3.523,15 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$1.657,95 conforme prevê o art. 408-S, parágrafo 1º do RICMS-BA, resulta no ICMS devido no valor de R\$1.865,19. Com relação ao mês de março de 2006: diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total R\$87.689,86; diferença real existente apurada pelo autuado R\$85.194,094. Pela proporcionalidade, o percentual de 30,82% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de R\$26.257,08 cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$4.463,70. Entende que o total do ICMS apurado no mês de março de 2006 é de R\$4.463,70 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$2.100,57 conforme prevê o art. 408-S, parágrafo 1º do RICMS-BA resulta no ICMS devido no valor de R\$2.363,14. Quanto ao mês de maio de 2006: diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total R\$82.037,13; diferença real existente apurada pelo autuado R\$68.523,61. Pela proporcionalidade, o percentual de 30,82% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de R\$ 21.118,98 cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$3.590,23. Entende que o total do ICMS apurado no mês de maio de 2006 é de R\$3.590,23 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$1.689,52 conforme prevê o art. 408-S, parágrafo 1º do RICMS-BA, resulta no ICMS devido no valor de R\$ 1.900,71. No que tange ao mês de junho de 2006 os cálculos são os seguintes: diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total R\$80.050,78; diferença real existente apurada pelo autuado R\$69.495,52. Pela proporcionalidade, o percentual de 30,82% de omissão de saídas de mercadorias tributadas resulta no valor de R\$21.418,52, cujo ICMS calculado à alíquota de 17% é de R\$3.641,15. Entende que o total do ICMS apurado no mês de junho de 2006 é de R\$3.641,15 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$1.713,48, resulta no ICMS devido no valor de R\$1.927,67. Finaliza, dizendo que restou comprovado quanto a infração 01, que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, caracterizando a infração de forma imprecisa e por presunção, pedindo a nulidade da autuação.

O autuante produz informação fiscal à folha 180, dizendo que o autuado não questiona os valores apurados por ele, protestando, apenas, quanto ao mérito da autuação. Argüi que o autuado alegou que não recebeu os dados detalhados da imputação fiscal, mas que fica claro que lhes foram entregues em meio magnético (fl. 34). Conclui, mantendo integralmente a exigência fiscal.

A 3^a JJF, decidiu converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 184) para que o autuante verificasse se procedem as alegações defensivas suscitadas, quando informa os percentuais de proporcionalidade dos produtos comercializados nos meses que foram objeto da autuação, através das notas de aquisição do autuado, e em caso positivo elaborar novo demonstrativo de débito. Requer a concessão do prazo de 10 dias para manifestação do defendant.

O autuante à folha 188, diz que estranha o fato de o autuado solicitar a aplicação da proporcionalidade da ordem de 30,82%, pois tal percentual é o mesmo do acórdão CJF nº 0291-12/06, referente ao Auto de Infração 269135.0002/04-8, lavrado contra o contribuinte MERCADINHO F. C. LTDA., anexado neste PAF à página 74. Declara que o CONSEF, no acórdão citado, por decisão não unânime, acatou o princípio de proporcionalidade. Todavia, como não conhece detalhes do arrazoado técnico utilizado por aquele contribuinte, fica impossível saber como se chegou, naquele caso, ao percentual de 30,82%. Entende que o autuado no PAF, ora combatido, propõe que se utilize aquele mesmo percentual, e que este deveria demonstrar, com Notas e Cupons Fiscais, de forma descriptiva, qual o montante de vendas correspondente à redução por ele proposta, baseado nos seus dados, e não nos dados de outro contribuinte, do qual não conhece detalhes. Assevera que sendo assim, é descabido aplicar um percentual não fundamentado a título de proporcionalidade.

O relator da 3^a JJF, entendendo que o autuante não atendeu a solicitação de diligência, converteu o presente PAF em nova diligência à ASTEC, com o mesmo teor anteriormente requerido (fl. 191).

O diligente da ASTEC produziu o parecer ASTEC nº 071/2007 (fls. 192/193), dizendo que o volume de compras decorrente das notas fiscais que foram apresentadas, em média, representa apenas 24% do faturamento do autuado informado pelas administradoras para o período da ação fiscal, e que em razão de comprovações apresentadas, que acosta ao processo, deduziu do faturamento informado pelas administradoras, o valor de R\$3.026,67, relativo a vendas pagas com cartões e registradas no ECF como recebimento em dinheiro. Acrescenta que, conforme planilha comparativa ajustada juntada aos autos, considerou a proporcionalidade apurada nas notas fiscais de entradas apresentadas e deduziu as comprovações de recebimentos por cartões registras no ECF como se fora em dinheiro, concluindo pela redução do valor do ICMS devido passando de R\$44.785,10 para R\$22.165,78.

A DAT-METRO/ CCRED, intimou o autuado para tomar conhecimento do Parecer ASTEC nº 071/2007, concedendo o prazo de 10 dias para manifestação (fl. 250).

O autuado apresenta manifestação às folhas 252/258, acompanhado de planilhas às fl. 259, reafirmando o teor dos argumentos constantes na exordial. Argüi que houve cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que ao encerrar o trabalho fiscal, o autuante forneceu ao autuado, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora. Diz que com base nestes elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa ideal, onde se pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Entende que os demonstrativos fiscais fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, auto-explicativos, nem são claros. Afirma que o autuante, não forneceu cópia do Relatório de Informações TEF-Operações, em "formato de papel" onde constam todas as operações informadas pelas Administradoras de Cartão, discriminando o dia, a Administradora, o número da Autorização, o valor da operação e a sua natureza (se débito e /ou crédito), além da relação de quais foram as operações que constam neste relatório e que não constam nas bobinas dos ECFs, que serviram de base à lavratura do Auto de Infração, não podendo verificar a certeza da acusação. Diz que o autuante para fazer a acusação por mera presunção deve anexar ao Auto de Infração um relatório com as operações discriminadas, uma por uma, que ele acusa de constar nos relatórios enviados pelas administradoras de cartões e que não estariam constantes nas bobinas de máquinas ECFs do

autuado. Declara que até esta data, o autuante, nenhum preposto fiscal e nenhum órgão da Secretaria da Fazenda forneceu cópia do Relatório TEF Operações Diárias constante no sistema da Secretaria da Fazenda com as informações enviadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito e/ou Débito das operações realizadas por data, por operadora, por número de autorização e por valor. Acrescenta que também até esta data, não tem conhecimento do teor da informação fiscal prestada pelo autuante, logo após a apresentação da defesa efetuada em 25 de outubro de 2006. Sustenta que o contribuinte ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, tido, neste momento, como cerceado, por, não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório, e que ao agredir a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação. Diz que o autuante, durante a fiscalização não examinou as bobinas de ECF para verificar que em todas elas constam operações registradas como "à dinheiro" e existem na mesma data o valor correspondente nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, entendendo que houve uso inadequado de roteiro de fiscalização. Sustenta que a acusação fiscal está sendo efetuada pelo fisco e por isso coloca à disposição as bobinas dos ECFs e as reduções "Z", para que o autuante atenda ao princípio da verdade material inserido no art. 2º do RPAF e informe no processo, detalhadamente (valores e dias), quais foram as operações que o mesmo encontrou no relatório das administradoras e não encontrou nas bobinas de ECFs. Acrescenta que na defesa inicial, acostou, por amostragem, cópia de cupons fiscais que constam como se a operação fosse "à dinheiro" e na verdade a operação foi realizada através de cartão de crédito e que o parecer da Astec comprovou que existem estes tipos de operação nas bobinas do ECF e o Auditor diligente já reduziu o valor da base de cálculo na sua informação, no tocante somente aos documentos anexados pelo autuado na sua defesa por amostragem. Entende que falta verificar todas as operações constantes das bobinas e confrontar o valor de cada cupom fiscal com o valor da operação constante do relatório que consta as operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito. Salienta que caso ainda haja ou reste alguma diferença, que seja aplicado o princípio de proporcionalidade entre operações efetuadas pelo autuado com mercadorias tributadas e operações cujas saídas sejam isentas ou já tenham sido tributadas anteriormente, conforme decisões proferidas por este colegiado, Acórdão CJF 0291- 12/06. Diz que na informação fiscal, apesar de não ter ciência, o autuante não deve ter contestado os argumentos da defesa, conforme determina o § 6º do art. 127 do RPAF, e requer que seja aplicado o teor do artigo 140 e 142 do RPAF. Solicita diligência fiscal ou perícia fiscal a ser realizada pela Astec deste Conselho para que sejam respondidos os seguintes quesitos: existiram operações registradas como se fossem "à dinheiro" nas bobinas do ECF cujos valores confrontados na mesma data com o Relatório das Administradoras são iguais?; existe possibilidade do funcionário do autuado quando da operação de compra por parte do cliente acionar a tecla "dinheiro" constante no ECF e o cliente pagar em cartão?; Se, acontecendo a resposta SIM à pergunta anterior, as informações prestadas pelas administradoras ficam divergentes das operações constantes das reduções "Z" apresentadas? ; existem no processo fiscal cupons fiscais emitidos por ECF, constando como meio de pagamento a expressão "dinheiro" e que estão acompanhadas de comprovantes de pagamento em cartão de crédito e/ou débito?; após examinar todas as bobinas de ECF e seus respectivos cupons fiscais utilizados no período fiscalizado o Auditor diligente constatou que houve emissão de cupom fiscal constando a expressão "à dinheiro" e foi apurada na informação prestada pela administradora de cartão operação através de cartão no mesmo valor e data?; há, no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia previsão de obrigatoriedade de o contribuinte guardar ou conservar comprovantes de operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito assinadas pelos clientes?; caso a resposta à pergunta anterior seja SIM, qual o artigo do RICMS e da Lei que obriga o contribuinte a guardar ou conservar comprovantes de operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito

assinadas pelos clientes?. Assevera que após ter conhecimento do parecer da Astec, no qual o Auditor Diligente concorda com a aplicação da proporcionalidade para apuração do ICMS devido, requer que seja deduzido da base de cálculo apurada pelo autuante o valor total constante da redução "Z" por motivo de o mesmo não ter elementos suficiente para afirmar com segurança qual o valor da omissão efetuada, e após ser deduzido o valor total constante da redução "Z" de cada mês, concorda que seja aplicado o percentual referente às entradas de mercadorias isentos e não tributadas apurado pelo Auditor da Astec o que resultaria no demonstrativo constante no anexo 1 desta manifestação. Finaliza, declarando que fica comprovado quanto a Infração 01, que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, caracterizando a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos, ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam discriminadamente (dia a dia, operação por operação e valor por valor), qual foi a venda efetuada através da emissão de cartão de débito e/ou crédito que foi realizada sem emissão de cupom fiscal ECF-MR, e que houve o uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo de o autuado não ter no ECF o meio de pagamento implantado, e da sua atividade que negocia com mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição. Pede a nulidade da infração imputada.

O autuante produz nova informação fiscal (fl. 266), dizendo que não concorda com a concessão do benefício da proporcionalidade, em razão de não conhecer nenhum dispositivo legal que a autorize, todavia respeita a decisão do Conseg, sentindo-se descompromissado com a redução do valor autuado. Entende que mesmo que houvesse tal embasamento legal, os critérios adotados para o cálculo da proporcionalidade são imprecisos, haja vista a falta de certeza quanto ao valor total das compras e das vendas do contribuinte no período e que a amostra utilizada no cálculo é insuficiente, sendo difícil determinar o que seria suficiente. Acrescenta que a “presunção” de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, na esteira do Acórdão acostado aos autos às folhas 260/263, não tem fundamento, uma vez que o equipamento Bematech MP-20, utilizado pelo autuado permite a discriminação da forma de pagamento, bem como os arquivos detalhados das vendas informadas pelas administradoras de cartões foram fornecidos ao contribuinte em formato digital, conforme folhas 33/34 do PAF.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. As planilhas elaboradas pelo autuante demonstram de maneira clara a infração cometida. Verifico que o autuado recebeu demonstrativos em meio magnético contendo movimento detalhado das vendas em cartão de débito e crédito correspondente ao período fiscalizado, conforme folha 33, constando recibo assinado pelo defensor à folha 34, e por isso, foi permitido ao autuado o amplo direito de exercer o contraditório e a ampla defesa. Ademais, não é imprescindível que tal relatório seja emitido em formato de papel como requereu o autuado na peça defensiva.

Não acato as alegações do defensor de que existem incorreções e omissões de natureza grave no presente processo administrativo fiscal, tendo em vista que a acusação fiscal restou claramente descrita, tratando-se de presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Constatou, ainda, que o autuante elaborou demonstrativo à folha 10, detalhando as omissões que serviram de base para a lavratura deste Auto de Infração.

Quanto à alegação de inadequação do roteiro de fiscalização aplicado, não acato, uma vez que tal procedimento fiscal não pode ser aplicado unicamente quando o contribuinte comercializa com quase a totalidade de mercadorias isentas, não tributada e com fase de tributação encerrada.

Indefiro, igualmente o pedido de nova diligência ou perícia suscitado pelo autuado, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar meu convencimento, e a matéria argüida prescinde de conhecimento especial de técnicos nos termos do artigo 147, I e II, alínea “a”, do RPAF-BA.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados mediante o confronto entre os valores informados pelas operadoras de cartões de créditos e os valores lançados no TEF.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuante lavrou o Auto de Infração com base na presunção legal prevista 2º, §3º, VI do RICMS-BA, e, neste caso, inverte-se o ônus da prova, sendo assegurado ao sujeito passivo a comprovação da improcedência da autuação. O demonstrativo acostado aos autos pelo autuante à folha 10, indica vendas com cartão de crédito no valor de R\$594.934,22 no período de janeiro a junho de 2006, e o montante apurado na leitura da Redução “Z” do autuado importou em R\$41.863,66, que foi acrescido do valor de R\$55.458,36 relativo a notas fiscais emitidas, resultando em imposto devido no valor de R\$44.785,11, já concedido o crédito fiscal de 8%, a que faz jus as empresas inscritas no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Constatou, ainda, que apesar de o autuado não ter acostado aos autos as provas necessárias para elidir a acusação fiscal nos termos do artigo 123 do RPAF, esta JJF determinou a realização de diligência fiscal (fls. 184/191) na busca da verdade material, princípio basilar do processo administrativo fiscal.

Consultando os autos, observo que da leitura do Parecer Astec 071/2007 (fls. 192/193), o autuado apresentou ao diligente notas fiscais que representam apenas 24% do seu faturamento, por isso, considero insuficientes as provas apresentadas para aplicação da proporcionalidade suscitada pelo defendant. Entretanto, entendo que deve ser deduzido da base de cálculo do presente Auto de Infração o valor de R\$3.026,67, encontrado pelo diligente, conforme teor do referido parecer, relativo a operações de vendas com cartões e registradas no ECF como recebimento em dinheiro.

Com relação à alegação defensiva de que inexiste obrigatoriedade legal para que o contribuinte conserve os boletos de cartões de crédito/ débito, contendo a assinatura dos seus clientes, também não acolho, uma vez que, reitero, a exigência fiscal foi imputada com base em presunção legal, e neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo comprovar a improcedência da autuação, e no caso em apreço, os referidos boletos pertencentes ao autuado poderiam servir como prova para elidir a acusação fiscal. Portanto, a guarda de tais documentos ficam a critério do sujeito passivo se considerá-los como instrumentos de provas.

Quanto a alegação defensiva de que não tomou conhecimento da informação fiscal produzida pelo autuante, não pode ser acolhida, uma vez que não foram aduzidas questões de fato ou direito suscetíveis de modificar a materialidade do ilícito tributário apurado, como também não foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos. Portanto, é desnecessária a abertura de prazo para manifestação do contribuinte nos termos do § 7º do artigo 127 do RPAF-BA.

Por todo o exposto, e à luz da legislação pertinente voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

| DATA DA OCORRÊNCIA | DATA VENCTO. | BC EXIGIDA | ICMS 17% | CRÉDITO PRESUMIDO (8%) | ICMS DEVIDO |
|--------------------|--------------|------------|-----------|------------------------|-------------|
| 31/01/2006 | 09/02/2006 | 73.980,56 | 12.576,69 | 5.918,45 | 6.658,24 |
| 28/02/2006 | 09/03/2006 | 79.631,78 | 13.537,40 | 6.370,54 | 7.166,86 |
| 31/03/2006 | 09/04/2006 | 87.689,86 | 14.907,28 | 7.015,19 | 7.892,09 |
| 31/04/2006 | 09/05/2006 | 91.611,58 | 15.573,97 | 7.328,93 | 8.245,04 |
| 31/05/2006 | 09/06/2006 | 81.783,98 | 13.903,27 | 6.542,72 | 7.360,55 |

| | | | | | |
|------------|------------|-------------------|------------------|------------------|------------------|
| 30/06/2006 | 09/07/2006 | 79.887,87 | 13.580,94 | 6.391,02 | 7.189,92 |
| TOTAL | - | 494.585,63 | 84.079,55 | 39.566,85 | 44.512,70 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.5011/06-2**, lavrado contra **M&M MERCADINHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$44.512,70**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA