

A. I. N ° - 017464.0007/07-4
AUTUADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - BELANÍSIA MARIA AMARAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 19. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-01/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Infração comprovada. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS DADOS CONSIGNADOS NO LIVRO DE SAÍDAS E AQUELES CONSTANTES EM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% sobre o valor comercial das mercadorias cujas notas fiscais não foram escrituradas. Comprovado o cometimento das irregularidades imputadas. As infrações 02 e 03 ficam mantidas integralmente. 3. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 224.173,19 e aplicadas multas por descumprimento de obrigação acessória, que resultaram no valor de R\$ 10.408,88, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, julho, outubro e novembro de 2005, além de abril de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 1.177,09, acrescido da multa de 60%, em conformidade com a auditoria da conta corrente;

02 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, e agosto a dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e maio de 2006, sendo aplicada a multa de 10%, no valor de R\$ 10.370,33. Consta que se refere às Notas Fiscais de nºs 493.390 e 490.078 entregues à fiscalização e a várias outras notas fiscais não apresentadas, que foram arrecadadas nos arquivos do Sistema CFAMT/SEFAZ, conforme planilha anexada aos autos;

03 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de novembro de 2005 e janeiro de 2006, sendo aplicada a multa de 1%, no valor de R\$ 38,55. É informado que se refere a notas fiscais não apresentadas, que foram coletadas nos arquivos do Sistema CFAMT/SEFAZ, conforme planilha anexada ao processo;

04 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro e dezembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 302,32, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a lançamento a menos da Redução Z e de notas fiscais de saída, conforme planilha acostada ao PAF;

05 – deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, nos meses de janeiro, março a setembro e novembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido o pagamento do imposto no valor de R\$ 222.693,78, acrescido da multa de 70%, conforme planilha anexa.

O autuado, através de representante legalmente constituído, impugnou o lançamento tributário às fls. 245 a 256, enfatizando que a autuação decorreu de lamentável equívoco da autuante, passando a atacar cada uma das imposições tributárias.

Infração 01 – essa irregularidade inexistiu, considerando que a autuante não demonstrou a existência do alegado desencontro entre o imposto recolhido conforme levantamento do conta corrente fiscal e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Anexa às fls. 264 a 268 cópias reprográficas de páginas do referido livro, visando demonstrar que não ocorreu a alegada divergência, tornando a imputação improcedente.

Infração 02 – enfatiza que a constatação da existência de notas fiscais oriundas de postos fiscais ou arrecadadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal, simplesmente indica a possibilidade de ilícito tributário, porém esse indício por si só não comprova a ocorrência do ilícito.

Utilizando-se da comparação entre os termos presunção e prova, feita pelo tributarista Roque Antonio Carrazza, aduz que a simples probabilidade parece diante da inexistência de idoneidade do fato conhecido. No caso em discussão, afirma se fazer necessário que o fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias, como acontece no levantamento quantitativo de estoque, quando o levantamento correto produz prova inequívoca. Alega que a autuante não cuidou de efetuar o levantamento de estoque, mesmo estando de posse de todos os livros e documentos fiscais que lhe possibilitavam a realização desse tipo de auditoria.

Afirma que a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias e registradas no Sistema SINTEGRA, sem o registro na escrita fiscal não se constitui em prova da entrada das mercadorias no estabelecimento tido como destinatário, principalmente quando a acusação se torna presunção de ilícito tributário. Desse modo, entende que cabe ao Estado comprovar a existência da ocorrência que provocará a imposição tributária, isto é, provar o efetivo ingresso das mercadorias em seu estabelecimento. De forma contrária, se exigiria do contribuinte a produção de provas negativas, o que comprometeria o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova, que neste caso é dever do fisco.

Assim, inexistindo nos autos as provas da efetiva entrada das mercadorias elencadas nas notas fiscais arroladas na autuação, não poderá ser exigido o tributo decorrente da presumida omissão de saídas ou referente à antecipação tributária dos produtos constantes nas notas fiscais em questão. Enfatiza que a prova da prática do ilícito não se presume, devendo ser provada pelo fisco a constituição do crédito tributário, de acordo com o ensinamento de Hugo de Brito Machado sobre o ônus da prova.

Realça que tendo em vista que as notas fiscais foram coletadas através do Sistema CFAMT, suas cópias deveriam ter sido apresentadas ao impugnante, desde quando não se referem a documentos que existam em sua contabilidade, para se evitar o cerceamento do seu direito de defesa. Argumenta que não pode se defender da acusação, desde quando não teve acesso às notas fiscais objeto do lançamento. Por conseguinte, pugna pela improcedência dessa infração.

Infração 03 – observa que os argumentos relativos ao item anterior também se aplicam a esta imposição, razão pela qual requer a sua improcedência.

Infração 04 – alega que em conformidade com o transcrito inciso II do art. 18 do RPAF/99, ocorreu cerceamento ao seu direito de defesa, desde quando a autuante não procedeu à entrega da cópia da planilha citada na descrição da infração 05, o que implica de igual modo em ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Destaca que existe também erro material, considerando que é impossível que na redução Z ocorram lançamentos a menor, já que a diferença se repetiria a partir do primeiro lançamento seguinte ao apontado com existência de desencontro com a redução Z auditada. Frisa que essa planilha não acompanhou o Auto de Infração.

Afirma que o alegado desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado inexistente, conforme provam as cópias reprográficas de páginas do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 269/270). Assim, entende que não há possibilidade de ser acolhida a presente autuação, à exceção do item já reconhecido.

Infração 05 – sustenta que a autuante desconhece os procedimentos referentes ao recebimento de vendas efetuadas por meio de cartões de crédito, haja vista que existem duas formas possíveis. A primeira é realizada com o Sistema TEF (transferência eletrônica de fundos), que funciona anexo ao PDV, através do *link* Internet X linha telefônica, o que significa que se faz necessária a utilização da Internet, para que seja feita a operação com um canal próprio do operador TEF.

Já a segunda opção, que é o Sistema POS (*point of sale*), funciona no modelo frente de loja, operando exclusivamente por linha telefônica.

Esclarece que quando um cliente tenta utilizar o cartão no Sistema TEF e a transação não se concretiza, por falta de comunicação com o sistema, o operador de caixa, visando a emissão do cupom fiscal e para poder encaminhar o cliente para o Sistema POS na frente de loja, finaliza o cupom fiscal como dinheiro, única opção possível para essa operação.

Argúi que ao comparar as vendas via TEF com todas as operações efetuadas com as operadoras de cartões de crédito/débito, a autuante ignorou as vendas com a utilização do Sistema POS, significando que a diferença entre os valores apresentados pelas operadoras (TEF + POS) e os valores constantes nas reduções Z foram tidas como omissão de saída. Assim, o equívoco de desconsiderar as vendas no Sistema POS causou a diferença apontada.

Pleiteia pela realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, objetivando a elaboração de novo levantamento, considerando tanto as vendas realizadas no TEF como aquelas concluídas no POS.

Acrescenta que o resultado do levantamento é falho, pois a fiscalização não poderia considerar como base de cálculo o total das vendas informado pelas administradoras e instituições financeiras, já que deveriam ser excluídos os valores correspondentes aos juros e aos encargos decorrentes das operações de financiamento da compra das mercadorias.

Lembra que para se determinar o valor do tributo devido, a base de cálculo e a alíquota devem estar relacionadas com a hipótese de incidência ou fato gerador. Nesse sentido, ressalta ser necessário que na determinação da base de cálculo, se verifique se a venda foi a vista ou a prazo e financiada, considerando que poderá haver mudança no valor a ser utilizado, a depender da modalidade da venda. Aduz que nas vendas por meio de financiamento contratado com terceiros, como é o caso

presente, a base de cálculo deve ser o preço da mercadoria sem os encargos decorrentes do financiamento.

Traz à colação o entendimento de José Eduardo Soares de Melo a respeito desse tema e transcreve a Súmula 237 do STJ - Superior Tribunal de Justiça -, que determina que nas operações com cartão de crédito não devem ser considerados os encargos do financiamento na apuração do ICMS. Argumenta que nesses casos a única relação que deve ser utilizada para se chegar à correta base de cálculo é aquela que ocorre entre o consumidor e o estabelecimento comercial, na qual se dá o fato gerador do ICMS e tendo em vista que as demais relações têm outra natureza jurídica.

Para corroborar essa linha de entendimento, utiliza-se das decisões do STJ relativas aos processos RESP de nº.s 421916/RS e 323642/SC, que mantiveram os resultados de julgamentos anteriores, que haviam determinado a exclusão dos encargos decorrentes do financiamento em vendas a prazo. Transcreve, ainda, o pensamento do tributarista Roque Antonio Carraza a respeito desse assunto, enfatizando que a autuação é inconsistente, tendo em vista que a autuante não excluiu da base de cálculo os juros e demais encargos decorrentes do financiamento.

Assevera que a imposição tributária é nula, por ter sido adotado método incompatível com a verificação procedida, deixando patentes o equívoco e a inconsistência do levantamento levado a efeito pela autuante. Afirma que dessa forma a autuação deixa de ser válida, em conformidade com diversas deliberações das cortes administrativas fiscais de vários Estados da Federação, conforme julgados emanados dos conselhos de contribuintes dos Estados do Tocantins (Acórdãos nº.s 041/97, 093/97 e 150/97), do Pará (Acórdão nº. 72/88) e do Mato Grosso do Sul (Acórdãos nº.s 15/2005 e 118/2000).

Argúi ser inevitável a decretação da nulidade ou mesmo da improcedência da autuação, face à impropriedade e à irregularidade do levantamento conduzido pela autuante. Frisa que em decorrência de carecer de fundamentação jurídico-legal, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 274 a 277, salientando que os argumentos defensivos apenas visam inibir a fiscalização e procrastinar o prazo de pagamento do débito. Contesta as alegações apresentadas pelo impugnante referentes a todos os itens da autuação.

Infração 01 – as arguições do contribuinte não procedem, já que o lançamento se refere à diferença entre o ICMS recolhido e o apurado, conforme quadro demonstrativo que apresenta, no qual informa como realizou os cálculos e aponta as folhas dos autos onde se encontram as fontes que dão sustentação à exigência tributária. Assevera que, desse modo, o recolhimento a menos está comprovado.

Infrações 02 e 03 – estas exigências tratam da aplicação das multas de 10% (para mercadorias tributáveis) e 1% (para as não tributáveis), que não foram lançadas na escrita fiscal e não à cobrança do imposto relativo à antecipação tributária, conforme mencionada pela defesa.

Infração 04 – afirma que não procede a alegação de falta de apresentação da planilha concernente à infração 05, pois é fato notório que a autuante entrega as cópias das planilhas ao contribuinte, ocorrendo, às vezes, da entrega não se fazer acompanhar dos respectivos recibos, não havendo o que se questionar a respeito.

Contesta a arguição quanto à impossibilidade da redução Z ser lançada a menor, enfatizando que a cobrança se refere ao lançamento a menor do movimento do dia 02/12/2005, considerando que em relação a essa data foram apresentados dois Mapas Resumo do ECF nº. 1.824 (fls. 127/128), sendo que no livro Registro de Saídas (fl. 124) foram consignados os dados constantes no segundo mapa, no qual não se verificam os valores correspondentes ao ECF 011, redução Z nº 578. Observa que os resultados podem ser constatados na planilha anexada à fl. 32 dos autos. Salienta que em relação à Nota Fiscal nº 5.610, de 19/09/2005, o autuado não se pronunciou.

Infração 05 – realça que o contribuinte não apresentou nenhuma comprovação relativa a suas alegações, tendo apenas mencionado que existem dois sistemas de venda com cartão de crédito/débito: Sistema TEF e Sistema POS, arguindo que os operadores de caixa encaminham os clientes para o Sistema POS na frente da loja, finalizando a emissão do cupom fiscal como venda a dinheiro.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente ou decretado revel.

Considerando que o sujeito passivo alega que não recebeu as cópias das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, objeto do lançamento correspondente às infrações 02 e 03, assim como das Planilhas Comparativas de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito relativas à infração 05 e considerando que não consta nos autos a comprovação de que os papéis de trabalho elaborados pela autuante tenham sido entregues ao contribuinte:

Esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 280), deliberou pelo envio do processo à INFAZ Ilhéus, para que fossem entregues ao sujeito passivo cópias reprográficas dos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 10 a 94), das notas fiscais que foram colhidas através do Sistema CFAMT (fls. 149 a 189 e 231 a 240), que embasaram as infrações 02 e 03, assim como do pedido de diligência, quando deveria ser reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dar ciência à autuante, para que prestasse nova informação fiscal.

Através do Termo de Intimação de fl. 282, o autuado foi cientificado quanto à reabertura do prazo de defesa, ao tempo em que lhe foram entregues as cópias reprográficas dos documentos constantes às fls. 10 a 94, 149 a 189 e 231 a 240 dos autos.

O contribuinte, às fls. 285 a 289, se manifestou a respeito do resultado da diligência, quando reiterou todos os termos das argumentações trazidas em sua peça defensiva, uma vez que os mesmos não sofreram impugnação relevante que importasse na decretação da subsistência do Auto de Infração. Ressalta, entretanto, ter ficado impossibilitada de se manifestar a respeito da diligência requerida pelo CONSEF, pois apesar de ter sido reaberto o seu prazo de defesa, não lhe foi dada a devida ciência dos termos da solicitação feita pelo Conselho de Fazenda Estadual, não sabendo a que se refere a diligência.

Observa que a repartição juntou alguns demonstrativos e notas fiscais supostamente arrecadadas perante os fornecedores, sem, entretanto, repassar maiores esclarecimentos acerca do que foi solicitado pelo relator do processo, não tendo sido disponibilizada uma cópia do despacho proferido pelo relator, dando conta dos motivos pelos quais se reabriu o prazo de defesa.

Salienta que tendo em vista que na autuação foram apuradas várias infrações que supostamente teriam sido praticadas e como o autuado promoveu a defesa da maioria dos itens da autuação, não sabe qual a razão da reabertura do prazo, nem se deveria se pronunciar a respeito de toda a autuação, ou se deveria se defender tão somente a respeito de uma determinada infração, em relação à qual o CONSEF entendera que ocorrera cerceamento do direito de defesa.

Assim, como não sabe qual a razão da apresentação dos demonstrativos, postula a nulidade da intimação e da diligência realizada pela autuante, já que a falta de comunicação exata dos motivos desse procedimento conduz à constatação da impossibilidade de o autuado exercer o seu direito de defesa de forma plena e eficaz.

Aduz que, desse modo, se configura a nulidade e a irregularidade, por ter ficado demonstrada a dificuldade de ser exercido o contraditório processual, em afronta aos princípios constitucionais de proteção dos direitos do cidadão. Transcreve os artigos, 2º, 18, § 1º e 108 do RPAF/99, com destaque para os trechos que versam sobre a necessidade de se garantir o direito da ampla defesa, sobre o fornecimento ao autuado das cópias dos novos elementos e da necessidade de se provar a entrega da comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente.

Daí depreende que o RPAF exige que o sujeito passivo seja cientificado a respeito das decisões e despachos dos órgãos julgadores que motivaram a realização de diligência, para que possa oferecer a sua defesa da forma mais ampla e efetiva. Essa ausência impossibilitou qualquer manifestação do impugnante, o que deve gerar a decretação da nulidade do ato processual, a teor do que dispõe o transcrito art. 18, inciso II do RPAF/99.

Pugna pela decretação da nulidade da diligência realizada pela autuante, considerando que ocorreu ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A autuante argumentou à fl. 292 que nada tem a acrescentar à informação fiscal apresentada anteriormente, tendo em vista que o autuado apenas reitera os termos da defesa e tece comentários alegando a impossibilidade de se manifestar a respeito da diligência requerida pelo CONSEF, com base em dispositivos do RPAF/99.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente ou decretado revel.

Considerando a alegação do sujeito passivo de que não recebera a cópia do Termo de Diligência e tendo em vista que no Termo de Intimação à fl. 282 não consta que tivesse sido entregue ao contribuinte uma cópia reprográfica do mencionado pedido de diligência, esta 1ª JF, em pauta suplementar, (fl. 295), deliberou pelo envio do processo à INFAZ Ilhéus, para que fossem entregues ao sujeito passivo cópias reprográficas dos Termos de Diligência, quando deveria ser concedido ao autuado o prazo de 10 (dez) dias, para que ele se manifestasse, se assim o desejasse. Havendo manifestação do autuado no prazo regulamentar, deveria ser dar ciência à autuante.

Tendo recebido cópias dos pedidos de diligência, o autuado se manifestou às fls. 301 a 304, frisando que o exercício de sua defesa fora prejudicado a partir do início do procedimento administrativo fiscal, por não dispor na época própria dos documentos constantes dos autos, os quais lhe foram entregues de forma fracionada, impossibilitando ao impugnante a ampla defesa e violando o princípio do devido processo legal.

Diante do exposto, requer que os autos retornem à Repartição Fiscal de origem, para que o contribuinte seja cientificado numa única oportunidade quanto a todos os documentos que integram a autuação, com reabertura do prazo de defesa, como forma de sanear o processo.

VOTO

Ressalto, inicialmente, que tendo o impugnante argüido a existência do cerceamento ao direito da ampla defesa, sob a alegação de que não tinha recebido as cópias das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT/Sefaz e de planilha elaborada pela autuante, bem como por ter sido verificado que inexistia nos autos a comprovação relativa à entrega dos elementos produzidos pela fiscalização, o processo foi convertido em diligência à Repartição Fiscal de origem, para que os documentos em referência fossem fornecidos ao contribuinte, sendo determinada a reabertura do seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Deste modo, tendo recebido cópias dos demonstrativos e dos documentos fiscais, o autuado exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Tendo sido alegado posteriormente pelo autuado de que não recebera a cópia do pedido de diligência, mais uma vez o processo foi diligenciado, visando a complementação dos procedimentos determinados na diligência. Noto que a despeito de o impugnante ter argumentado novamente que tivera seu direito à ampla defesa cerceado e que o princípio do devido processo legal fora violado, as medidas adotadas pela repartição fazendária em atendimento às diligências sugeridas por este órgão julgador sanaram as pendências apontados pelo sujeito passivo. Assim, afasto as alegações defensivas sobre a suposta ocorrência de equívocos e irregularidades no levantamento conduzido pela fiscalização, haja vista que tais assertivas não se fizeram acompanhar de provas materiais em seu favor.

Acrescento que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator. Ademais, foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos para determinação do débito referente a cada infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que, tendo recebido cópias reprográficas dos demonstrativos e demais elementos que embasaram o lançamento, o sujeito passivo exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

A infração 01 se originou da constatação de que o contribuinte recolhera ICMS a menos, como resultado do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Observo que a verificação foi realizada com base na comprovação da existência das diferenças, conforme dados constantes do citado livro, cujas cópias reprográficas estão acostadas às fls. 96, 98, 100, 102 e 193 e das relações de DAes extraídas do Sistema INC/SEFAZ (fls. 106, 107, 113, 116 e 197). Já os resumos relativos às apurações se encontram demonstrados às fls. 25 (exercício de 2005) e 69 (exercício de 2006).

Deste modo, esta infração restou plenamente caracterizada.

Vejo que no caso das infrações 02 e 03, foram aplicadas as respectivas multas de 10% e 1%, devido à falta de registro de notas fiscais relativas à entrada de mercadorias no estabelecimento, tratando-se, no primeiro caso, de mercadorias sujeitas à tributação, enquanto que a outra imputação correspondeu a mercadorias não tributáveis. Observo que o lançamento se originou do resultado da análise de notas fiscais resgatadas junto ao Sistema CFAMT e a documentos coletados junto ao contribuinte, estando todos esses elementos apontados nas planilhas anexadas às fls. 27 a 29 (exercício de 2005) e 71 (exercício de 2006).

Registro que por equívoco a Nota Fiscal nº. 60.928 (fl. 161) foi apontada na planilha correspondente como se fosse de nº. 60.298.

Observo que o impugnante manifestou o entendimento de que no caso aqui analisado não caberia a presunção de omissão de saídas anteriores, decorrente da falta de registro na escrita fiscal das notas fiscais coletadas nos postos fiscais, nem tampouco a exigência do ICMS relativo à antecipação tributária. No entanto, de forma diversa, a fiscalização optou por aplicar as penalidades cabíveis à falta de lançamento dos referidos documentos no livro Registro de Entradas.

No que diz respeito à afirmação do autuado de que a simples existência de notas fiscais arrecadadas pela fiscalização não prova a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, ressalto que os documentos fiscais objeto desta infração foram todos emitidos por empresas regularmente cadastradas nas unidades fazendárias de origem, tendo como destinatário o sujeito passivo e por serem contratos mercantis, são válidas, como prova de circulação no território nacional e do respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário, o que não foi feito pelo impugnante, pois não foram apresentados elementos que invalidem os documentos fiscais em questão. Ressalto, ademais, que a maioria desses documentos se referiram a vendas a prazo e que em muitos casos os responsáveis pelo transporte das mercadorias foram os próprios fornecedores, o que consiste em outras provas do vínculo comercial entre o autuado e os emitentes das notas fiscais. Acrescento que a despeito das cópias das notas fiscais objeto destas duas infrações terem sido entregues ao contribuinte mediante diligência, não foi trazida aos autos nenhuma argumentação ou prova que pudesse elidir as imputações.

Deste modo, mantenho na íntegra as infrações 02 e 03.

No que se refere à infração 04, que versa sobre o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os dados constantes em documentos fiscais e aqueles consignados no livro Registro de Apuração do ICMS, observo que na realidade o lançamento se originou do lançamento

no livro Registro de Saídas de dados incorretos concernentes a cupons e notas fiscais. Noto que a apuração foi realizada de forma acertada, estando fundamentado em documentação acostada aos autos, coletada junto ao próprio contribuinte. Em referência ao mês 09/2005, vejo que o valor do ICMS relativo à Nota Fiscal nº. 5.610 (fl. 122) foi lançado no livro Registro de Saídas (fl. 120) como se fosse R\$ 5,31, quando na realidade foi destacado o imposto no documento fiscal no montante de R\$ 102,58, gerando a diferença apontada de R\$ 97,27.

Já o valor do ICMS exigido para o mês 12/2005 decorreu do seguinte fato: a autuante constatou que haviam sido emitidos dois Mapas Resumo de ECF nº. 1.824, tendo o contribuinte lançado no livro Registro de Saídas (fl. 124) os dados constantes no mapa constante à fl. 127, no qual estão ausentes as informações correspondentes ao equipamento ECF de nº. 011, que se encontram lançadas no mapa de fl. 126, o que resultou na exigência da diferença do ICMS no valor de R\$ 205,05. Os cálculos pertinentes se encontram demonstrados à fl. 32 dos autos.

Assim, esta infração resta totalmente caracterizada.

Quanto à infração 05 foi decorrente da falta de recolhimento de ICMS, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, tendo em vista que foi constatado que em relação a tais operações a emissão de cupons fiscais ocorreu em valor inferior ao montante fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito.

Saliento que tendo sido constatado que não havia comprovação nos autos relativa à entrega dos Relatórios TEF por Operação, o processo foi convertido em diligência, para que essa falha fosse sanada, quando foi reaberto o prazo de defesa, visando assegurar ao autuado plenas condições de contestar os dados apontados na autuação, providência não adotada pelo contribuinte. Vejo que em relação a esta imputação a defesa se baseou na alegação de que as diferenças verificadas se deviam à utilização de dois sistemas de venda com cartão de crédito/débito: Sistema TEF e Sistema POS, afirmando que tendo em vista que os operadores de caixa encaminhavam os clientes para o Sistema POS na frente da loja, finalizando a emissão dos cupons fiscais como venda a dinheiro, esse procedimento forçosamente gerava as mudanças em relação aos dados correspondentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito. Observo, entretanto, que nenhum elemento de prova em favor de sua linha de argumentação foi oferecido, tornando tais arguições sem nenhum amparo de ordem material.

Ressalto, além disso, que os artigos 811 a 824, relativos ao uso do POS estão revogados desde a Alteração nº. 38 do RICMS (Dec. nº 8.413 de 30/12/2002), não prevalecendo as alegações do autuado a respeito do uso desse sistema de forma alternativa com o TEF.

Deste modo, tendo em vista o resultado do levantamento realizado, a autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Estamos, portanto, no presente caso, diante de uma presunção legal relativa, prevista no dispositivo acima apresentado, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários a desconstituir os fatos presumidos, o que efetivamente não ocorreu.

Nos termos dos artigos 824-B, *caput*, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF. O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes, o que, no entanto, não ocorreu no presente caso.

Enfatizo que não tem fundamento a argumentação defensiva de que a autuante não teria excluído da base de cálculo os juros e demais encargos decorrentes de financiamento, tendo em vista que os valores utilizados para a composição da base de cálculo são aqueles referentes tão somente às importâncias relativas às vendas de mercadorias, sem nenhum acréscimo. Acrescento que o levantamento está perfeitamente demonstrado nas planilhas comparativas e nos lançamentos das reduções Z, acostados às fls. 49 a 61 (exercício de 2005) e 81 a 93 (exercício de 2006). Já as informações concernentes ao Relatório TEF por Operação se encontra em meio eletrônico à fl. 241. Reafirmo que todos esses elementos foram disponibilizados ao autuado.

Deste modo, entendo que esta exigência é totalmente subsistente, razão pela qual a mantenho integralmente.

Ante o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017464.0007/07-4**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$224.173,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.479,41 e de 70% sobre R\$222.693,78, previstas no art. 42, incisos II, alínea “b” e III da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais, bem como das multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$10.408,88**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e Lei, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR