

PROCESSO - A. I. Nº 108875.0001/06-1
RECORRENTE - ENGENHO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (MERCADINHO ENGENHO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 239-02/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/04/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0055-12/09

EMENTA: ICMS. 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 aos das informações prestadas 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). Fato demonstrado nos autos. A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia. Mantida a Decisão recorrida. Superadas as questões preliminares. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 24/3/06, referente aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares por empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$6.140,85, com multa de 50%;
2. omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado ICMS no valor de R\$51.980,23, com multa de 70%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 163/175) declarando, inicialmente, reconhecer o cometimento da primeira infração. Informa que pediu parcelamento do débito.

Com relação à segunda imputação, observa que a correta interpretação do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 deve levar em conta que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento de ICMS somente se os valores informados pelas administradoras de cartões forem superiores aos valores das vendas declaradas pelo contribuinte.

O autuado vale-se dos ensinamentos de Hugo de Brito Machado para contestar a interpretação das normas tributárias, tomando por fulcro o art. 112 do CTN. Destaca que o § 4º do art. 4º da Lei

nº 7.014/96 não se refere a valores de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Diz que o acréscimo foi feito por conta da interpretação do fiscal autuante, ferindo o art. 25 do RPAF e que a interpretação normativa da legislação tributária não pode ser feita pelo fiscal autuante ou mesmo pelos julgadores ou conselheiros do CONSEF, pois a estes cabe é aplicar a norma, e a norma é clara. Aduz que, se o legislador não quis dizer o que disse, deve ser alterada a legislação, ou então ser publicado ato interpretativo, em cumprimento aos princípios da legalidade e da publicidade, em respeito ao art. 37 da Constituição. Protesta que o contribuinte não pode ser punido pela interpretação dada à norma.

Comenta as planilhas elaboradas pela fiscalização, observando que, nelas, os valores das vendas declaradas pelo contribuinte são superiores aos informados pelas administradoras de cartões, e, se assim ocorreu em todos os meses, não se aplica a presunção de que se valeu o autuante.

Assinala correção a ser feita no levantamento fiscal, relativamente ao ECF nº 5, na coluna referente à venda líquida, no dia 16/12/04, notando que o valor correto é R\$6.002,18, e não R\$60.002,18, conforme atesta a redução “Z”, no anexo IV.

Observa, ainda, que o fiscal autuante considerou apenas os valores de vendas com emissão de Cupom Fiscal, deixando de levar em conta as vendas efetuadas com emissão de Nota Fiscal e de Nota Fiscal de Venda a Consumidor, mas, mesmo assim, os valores declarados pela empresa superam os informados pelas administradoras de cartões.

A seguir, passa a questionar o fato de que o fiscal somente considerou os valores das operações pagas mediante cartões nas reduções “Z” indicadas, e, sendo assim, levou em conta apenas uma das parcelas que compõem as vendas. Argumenta que ao valor dessa parcela deveriam ser somados os valores referentes aos demais meios de pagamento indicados nas reduções “Z”. Ressalta que a soma dos valores dos diversos meios de pagamento indicados nas reduções “Z” (cartão, dinheiro, cheque, etc.), deduzidas as quantias relativas aos trocos, representa a venda líquida, constante também nas referidas reduções.

Alega a existência de erro na indicação do meio de pagamento nos Cupons Fiscais. Requer a produção de provas das quais o fisco dispõe. Comenta o teor do Protocolo ECF 4/01, para fundamentar que a fazenda estadual dispõe das provas de que o contribuinte necessita para poder defender-se. Embasa seu pleito no art. 144 do RPAF. Pede que o segundo item do Auto de Infração seja julgado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 227/230) dizendo que os dispositivos regulamentares que fundamentam este Auto de Infração dispensam interpretação. Transcreve trechos do RICMS. Considera que o contribuinte fez uma interpretação em seu benefício, de modo que, por estranha lógica, o legislador teria elaborado o texto legal crendo que as vendas em cartão se confundiriam com o conjunto das formas de pagamento. A esse entendimento, o fiscal contrapõe que, conforme a lei e a lógica, as vendas registradas como realizadas por meio de cartão não podem ter valores diversos dos informados pelas administradoras. Destaca a regra do § 7º do art. 238 do RICMS. Comenta os procedimentos fiscais inerentes a esse tipo de ocorrência. Diz que entregou ao contribuinte, juntamente com uma cópia da informação fiscal, um CD com detalhamento dos relatórios de informações TEF. Aduz que o erro apontado pelo autuado à fl. 171, com a prova apresentada, relativo à venda líquida, não influenciou no resultado do lançamento.

Junto com a informação, o fiscal anexou aos autos um disquete e dois recibos de entrega de arquivos eletrônicos ao contribuinte (fls. 231/233).

O autuado manifestou-se (fls. 236/239) dizendo que devem ser observados os ditames da Lei nº 7.014/96, e não o disposto no regulamento. Transcreve o § 4º do art. 4º da citada lei, dando destaque às expressões *“O fato de a escrituração indicar” [...], bem como a existência 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” [...], comparando a regra em apreço com a disposição correspondente do art. 2º, § 3º, do regulamento, segundo o qual tal presunção se aplica em caso de “valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”. Argumenta que, sendo a lei hierarquicamente superior, há de prevalecer o que prevê a lei, e, segundo esta, a presunção se baseia em “declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”, e não em “valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”.

O autuado insiste nesta tese: a lei determina que se compare a declaração de vendas feita pelo contribuinte com os valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, o que não representa somente as informações das administradoras de cartões, mas também as informações porventura obtidas junto às instituições financeiras, tais como os bancos em que o contribuinte mantenha conta corrente.

Quanto à indicação do meio de pagamento em Cupom Fiscal, a defesa observa que essa regra existe por ser o ECF um equipamento desenvolvido para uso na automação comercial, tendo o fisco, em certo tempo, passado a fixar regras de controle fiscal e de emissão de documento fiscal. Fundamenta o raciocínio no art. 824-A do RICMS, que define o ECF como equipamento de automação comercial com capacidade de emitir documentos fiscais e efetuar controles de natureza fiscal, possibilitando o controle dos meios de pagamento, de modo a se saber de que forma se deu o ingresso de receitas, controlando-se desse modo o fluxo de caixa do estabelecimento. Pondera que essa informação em nada modifica a apuração do imposto. A seu ver, o § 7º do art. 238 do RICMS é irrelevante neste caso, servindo apenas para efeito de obrigação acessória. Argumenta que se houvesse relevância, no tocante à apuração do imposto, de serem conhecidos os valores recebidos nos diversos meios de pagamento, o fisco determinaria a obrigação de se indicar o meio de pagamento utilizado em todos os documentos fiscais utilizados, mas isso não ocorre, bastando ver que não existe obrigação nesse sentido em se tratando de Nota Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Conhecimento de Transporte, Nota Fiscal Conta de Energia e outros.

Quanto à relação das operações informadas pelas administradoras de cartões, o autuado manifesta sua indignação com o prazo que lhe foi concedido para manifestação, de apenas 10 dias. Protesta que o autuante infringiu o art. 46 do RPAF. Argumenta que, pela aplicação subsidiária do CPC, nos termos do art. 180 do RPAF, a intimação feita inicialmente é nula. Aduz que, para não deixar de se manifestar acerca das relações apresentadas pela fiscalização, elaborou, a duras penas, a relação dos Cupons Fiscais emitidos para as operações realizadas, assinalando que não conseguiu identificar todos os Cupons Fiscais emitidos no dia 28.8.05 e por isso restou diferença entre os valores analisados, conforme quadro-resumo que apresenta, com indicações, nos meses assinalados, das operações informadas, das operações comprovadas e da diferença existente no mês de agosto de 2005. Diz que apenas relacionou os Cupons Fiscais relativos aos meses de dezembro de 2004 e de janeiro, março, abril, maio, agosto, setembro e outubro de 2004 porque somente nesses meses foi que a fiscalização apurou débitos. Juntou as relações correspondentes. Aduz que tais elementos já foram examinados pelo fiscal autuante, conforme trecho da informação fiscal, que transcreve.

Dada vista dos autos ao fiscal autuante, este se pronunciou (fl. 456) dizendo que o deslinde da questão depende de interpretação dos textos legais, e por isso considera que analisar item por item a manifestação do contribuinte torna exaustiva e infinda a discussão sobre o Auto. Diz que não foram trazidos aos autos novos elementos. A seu ver, os esforços argumentativos do contribuinte se destinam a protelar o julgamento do Auto, uma vez que, recorrendo à leitura da informação fiscal, o autuado admite e logra citar texto reconhecendo que suas razões e

documentos fiscais já foram examinados pelo fiscal autuante. Considera que o pleito do autuado por abertura de mais prazo para nova manifestação e os pedidos da impugnação inicial objetivam procrastinar o pagamento do tributo.

Em outra peça anexada logo em seguida (fls. 457/460), o fiscal reproduz na íntegra a informação prestada antes, sem mudar sequer a data.

Distribuído o processo à 5ª Junta, foi determinada diligência a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa (fls. 465-466).

O autuado protocolou petição (fls. 472/475) reiterando os termos de sua manifestação anterior (fls. 236/239). Sustenta que devem ser observados os ditames da Lei nº 7.014/96, e não o disposto no regulamento. Transcreve o § 4º do art. 4º da citada lei, dando destaque às expressões *“O fato de a escrituração indicar” [...], bem como a existência 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” [...]*, comparando a regra em apreço com a disposição correspondente do art. 2º, § 3º, do regulamento, segundo o qual tal presunção se aplica em caso de *“valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”*. Argumenta que, sendo a lei hierarquicamente superior, há de prevalecer o que prevê a lei, e, segundo esta, a presunção se baseia em *“declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”*, e não em *“valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”*.

O autuado insiste nesta tese: a lei determina que se compare a declaração de vendas feita pelo contribuinte com os valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, o que não representa somente as informações das administradoras de cartões, mas também as informações porventura obtidas junto às instituições financeiras, tais como os bancos em que o contribuinte mantenha conta corrente.

Chama a atenção para a orientação do art. 112 do CTN.

Quanto à indicação do meio de pagamento em Cupom Fiscal, a defesa observa que essa regra existe por ser o ECF um equipamento desenvolvido para uso na automação comercial, tendo o fisco, em certo tempo, passado a fixar regras de controle fiscal e de emissão de documento fiscal. Fundamenta o raciocínio no art. 824-A do RICMS, que define o ECF como equipamento de automação comercial com capacidade de emitir documentos fiscais e efetuar controles de natureza fiscal, possibilitando o controle dos meios de pagamento, de modo a se saber de que forma se deu o ingresso de receitas, controlando-se desse modo o fluxo de caixa do estabelecimento. Pondera que essa informação em nada modifica a apuração do imposto. A seu ver, o § 7º do art. 238 do RICMS é irrelevante neste caso, servindo apenas para efeito de obrigação acessória. Argumenta que se houvesse relevância, no tocante à apuração do imposto, de serem conhecidos os valores recebidos nos diversos meios de pagamento, o fisco determinaria a obrigação de se indicar o meio de pagamento utilizado em todos os documentos fiscais utilizados, mas isso não ocorre, bastando ver que não existe obrigação nesse sentido em se tratando de Nota Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Conhecimento de Transporte, Nota Fiscal Conta de Energia e outros.

Quanto à relação das operações informadas pelas administradoras de cartões, o autuado diz que, contando com mais prazo, analisou novamente a referida relação dos Cupons Fiscais emitidos para as operações realizadas, porém não localizou os Cupons Fiscais relativos a algumas operações pagas com cartões de crédito emitidos no dia 28.8.05 e por isso restou diferença entre os valores analisados, conforme quadro-resumo que apresenta, com indicações, nos meses assinalados, das operações informadas, das operações comprovadas e da diferença existente no mês de agosto de 2005. Alega que verificou também erros de digitação das pessoas contratadas

para procura dos Cupons Fiscais, e, em face disso, apresenta novas relações para os meses assinalados no referido quadro-resumo. Juntou as novas relações, dizendo que devem ser desconsideradas as anteriormente apresentadas. Aduz que os Cupons Fiscais já foram examinados pelo fiscal autuante, conforme trecho da informação fiscal, que transcreve. Comenta que o próprio fiscal efetuou levantamento dos percentuais de vendas em razão das situações tributárias das mercadorias vendidas, e por isso espera que seja somente considerada omissão a parcela referente a operações tributáveis.

O fiscal autuante manifestou-se (fl. 698) dizendo que os itens citados pelo autuante em sua última petição já foram arrolados em peças anteriores, reeditando as teses de defesa já contestadas em informação fiscal já prestada. Quanto às novas listagens apresentadas pelo contribuinte, diz o autuante que o contribuinte não exibiu provas documentais que comprovem os fundamentos de seus argumentos, como requer todo processo tributário. Opina pela procedência do lançamento.

A JJF, considerando que o contribuinte apresentou relatório diário de suas operações, especificando venda a venda, com indicação de cada crédito e cada débito, apontando os respectivos valores, o número da autorização, o nome da administradora, o número do cupom e o número do ECF, entendeu que seria preciso fazer a conferência daqueles elementos, e determinou que os autos fossem enviados à ASTE, para que fosse intimado o contribuinte a apresentar, na mesma ordem do demonstrativo acima referido, os boletos “casados” com os respectivos Cupons Fiscais, a fim de ser analisado o relatório apresentado pelo sujeito passivo. Na mesma diligência, solicitou-se que fosse feita a conferência dos elementos em questão, excluindo-se o que porventura não fosse devido (fl. 703).

O auditor designado pela ASTEC a cumprir a diligência intimou o contribuinte (fl. 705) para que, dentro de 48 horas, apresentasse os boletos “casados” com os respectivos Cupons Fiscais, na mesma ordem dos demonstrativos diários das operações apresentados na defesa em que é feita a especificação de cada venda efetuada, a fim de que fossem analisados os aludidos demonstrativos.

O contribuinte respondeu (fl. 706) dizendo não ser possível apresentar os boletos das operadoras de cartão de crédito referentes ao período considerado porque, em virtude do volume dos boletos e tendo em vista sua finalidade exclusiva de conferência dos recebimentos dos valores depositados pelas operadoras, não os mantém por mais de 60 dias em seus arquivos. Reitera que as vendas informadas através das DMAs são bem superiores às vendas realizadas com cartões de crédito, ensejando, assim, a presunção de que não houve receita que não fosse tributada.

O fiscal encarregado da diligência informou (fls. 707-708) que, como o contribuinte não atendeu ao que fora solicitado, não foi possível cumprir o que foi determinado por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Dada ciência da informação do fiscal diligente ao sujeito passivo, este deu entrada de petição (fls. 722/724) renovando o que fora respondido à intimação: *a)* não foi possível apresentar os boletos porque, em virtude do volume dos boletos e tendo em vista sua finalidade exclusiva de conferência dos recebimentos dos valores depositados pelas operadoras, não os mantém por mais de 60 dias em seus arquivos; *b)* as vendas informadas através das DMAs são bem superiores às vendas realizadas com cartões de crédito, ensejando, assim, a presunção de que não houve receita que não fosse tributada. Ainda com relação aos boletos, argumenta que não existe na legislação a obrigação de os estabelecimentos comerciais arquivarem os referidos boletos, pois estes só têm a finalidade de verificar a autenticidade da compra, da assinatura e do pagamento por parte do titular do cartão, e por isso, feita esta verificação, os boletos são descartados. Diz que, no dia-a-dia das empresas comerciais, é corriqueiro haver débitos de valores em cartões para trocos e empréstimos, havendo casos em que parte de uma operação é paga com o cartão e outra é paga em dinheiro ou cheque, de modo que nem sempre os valores informados pelas administradoras de cartões correspondem a efetivas vendas de mercadorias, podendo às vezes até superá-las.

Argumenta ainda que as informações das administradoras de cartão de crédito não são consideradas como “documentos fiscais”, não se enquadram na qualidade de “livros” ou de “escriturações obrigatórias”. Sustenta que a autuação do fisco tem que estar adstrita à lei, em decorrência do princípio da legalidade, lembrando que nesse aspecto as omissões legislativas são interpretadas como vedações. Considera ser imprescindível a realização de prova pericial para o deslinde deste caso. Assinala que o Auto não demonstra, mês a mês, a quantia que não foi declarada pelo contribuinte, circunstância que importa falta de transparência do ato administrativo. Diz que não se pode extrair da planilha fiscal se os valores informados pela administradora de cartão são relativos à integralidade das operações, e que a própria planilha indica que há diferença entre as declarações feitas pelo contribuinte e as que deveriam ser fornecidas pela instituição financeira, concluindo-se daí que houve pagamento de parte do ICMS, e sendo assim a base de cálculo do imposto não pode ser o valor integral das entradas, e sim a diferença entre o valor declarado pelo contribuinte e o disponibilizado pela instituição financeira. Por fim, diz que não foi considerado o regime de enquadramento do autuado como empresa de pequeno porte, e que é inconstitucional a desconsideração do regime de apuração sem o correspondente direito à defesa do autuado. Considera insanáveis os vícios existentes nestes autos. Pede que o lançamento seja anulado.

O fiscal autuante manifestou-se (fls. 729-730) dizendo que, diante da conclusão da diligência e do histórico do processo em exame, e considerando que o querelante não apresentou provas materiais que refutem os fundamentos do Auto, mantém o lançamento.

Foi juntado extrato do sistema de arrecadação dando conta de que o débito do item 1º deste Auto de Infração foi objeto de parcelamento (fl. 736).

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Este Auto de Infração diz respeito a dois lançamentos.

O autuado reconheceu o débito do 1º lançamento.

O 2º lançamento refere-se à falta de pagamento de ICMS em virtude da omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Quanto aos elementos materiais da autuação, a defesa levantou uma questão (fl. 171), assinalando correção a ser feita no levantamento fiscal, relativamente ao ECF nº 5, na coluna referente à venda líquida, no dia 16/12/04, notando que o valor correto é R\$ 6.002,18, e não R\$ 60.002,18, conforme atesta a redução “Z”, no anexo IV (fl. 223).

Quanto a essa questão, o fiscal autuante, na informação, contrapôs que o erro apontado pelo autuado à fl. 171, com a prova apresentada à fl. 223, relativo à venda líquida, não influiu no resultado do lançamento (fl. 230).

Considero superada a questão.

De acordo com as peças às fls. 231/233, o fiscal autuante, ao prestar a informação, anexou aos autos um CD e dois recibos de arquivos magnéticos contendo os chamados TEFs diários (TEF – transferência eletrônica de fundos).

Como a repartição, erroneamente, concedeu o prazo de apenas 10 dias para que o autuado se manifestasse sobre os novos elementos, o contribuinte protestou contra esse vício, invocando a regra do art. 46 do RPAF.

Na instrução do processo, foi determinada a reabertura do prazo de defesa (30 dias).

Quanto ao direito, a defesa sustenta a tese de que devem ser observados os ditames da Lei nº 7.014/96, e não o disposto no regulamento. Transcreve o § 4º do art. 4º da citada lei, dando destaque às expressões “O fato de a escrituração indicar” [...], bem como a existência 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” [...], comparando a regra em apreço com a disposição correspondente do art. 2º, § 3º, do regulamento, segundo o qual tal presunção se aplica em caso de “valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”. Argumenta que, sendo a lei hierarquicamente superior, há de prevalecer o que prevê a lei, e, segundo esta, a presunção se baseia em “declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de

cartões de crédito”, e não em “valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”.

O § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar, dentre outras coisas, a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

A redação da lei não é boa. O regulamento, traduzindo os termos da lei, é tecnicamente mais preciso. Porém é ilógica a interpretação pretendida pela defesa, ao sugerir que os “valores de vendas” a que se refere o dispositivo legal em apreço seriam os das vendas totais do estabelecimento (operações efetuadas por meio de cartões de débito e de crédito, mais outras operações efetuadas com outras forma de pagamento), pois, evidentemente, as instituições financeiras e as administradoras de cartões só podem conhecer os números das operações que são realizadas com seu intermédio, não tendo como conhecer os valores das vendas efetuadas a dinheiro, com cheques pré-datados, etc. Vá lá que a redação do dispositivo tenha sido feita com imperfeição, mas é evidente que os referidos “valores de vendas” a serem considerados para caracterização da presunção legal em análise são unicamente aqueles que são conhecidos pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Por essas considerações, não vejo como aplicar-se a regra do art. 112 do CTN.

Quanto aos valores da autuação, o autuado diz que analisou as operações informadas pelas administradoras de cartões porém não localizou os Cupons Fiscais relativos a algumas operações pagas com cartões de crédito emitidos no dia 28.8.05 e por isso restou diferença entre os valores analisados, conforme quadro-resumo que apresenta (fl. 474), com indicações, nos meses assinalados, das operações informadas, das operações comprovadas e da diferença existente no mês de agosto de 2005. Apresentou planilhas (fls. 476/694) detalhando os elementos do referido quadro-resumo. Aduz que os Cupons Fiscais já foram examinados pelo fiscal autuante, conforme trecho da informação fiscal, que transcreve. Comenta que o próprio fiscal efetuou levantamento dos percentuais de vendas em razão das situações tributárias das mercadorias vendidas, e por isso espera que seja somente considerada omissão a parcela referente a operações tributáveis.

Há que se louvar o esforço do contribuinte na elaboração das planilhas às fls. 476/694, nas quais as operações de venda são específicas uma a uma, com indicação de cada crédito e cada débito, apontando os respectivos valores, o número da autorização, o nome da administradora, o número do cupom e o número do ECF.

No entanto, sendo necessário checar tais elementos, foi determinada a realização de diligência a cargo da Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, recomendando-se que fosse intimado o contribuinte no sentido de apresentar, na mesma ordem das aludidas planilhas, os boletos “casados” com os respectivos Cupons Fiscais, a fim de serem analisadas aquelas planilhas, visando a exclusão de valores porventura indevidos, porém o autuado, ao ser intimado, respondeu que não seria possível apresentar os boletos do período considerado porque, em virtude do volume e tendo em vista sua finalidade exclusiva de conferência dos recebimentos dos valores depositados pelas operadoras, não os mantém por mais de 60 dias em seus arquivos. Argumenta que não existe na legislação a obrigação de os estabelecimentos comerciais arquivarem os referidos boletos, pois estes só têm a finalidade de verificar a autenticidade da compra, da assinatura e do pagamento por parte do titular do cartão, e por isso, feita esta verificação, os boletos são descartados. Apela para a observância do princípio da legalidade.

Desconheço a existência de regra específica, na legislação fiscal, quanto à obrigação de manutenção dos tais boletos em arquivo. No entanto, há uma previsão genérica, no art. 144 do RICMS: os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial, e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua Decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo. Como os boletos em questão se relacionam de alguma forma com os lançamentos efetuados nos livros fiscais e contábeis, é razoável concluir que devam ser mantidos em arquivo durante o prazo decadencial.

O autuado alega que as vendas informadas através das DMAs são bem superiores às vendas realizadas com cartões de crédito, ensejando, assim, a presunção de que não houve receita que não fosse tributada. Diz que, no dia-a-dia das empresas comerciais, é corriqueiro haver débitos de valores em cartões para trocos e empréstimos, havendo casos em que parte de uma operação é paga com o cartão e outra é paga em dinheiro ou cheque, de modo que nem sempre os valores informados pelas administradoras de cartões correspondem a efetivas vendas de mercadorias, podendo às vezes até superá-las. Aponta circunstâncias que a seu ver implicariam falta de transparência do ato administrativo. Reclama que não teria sido considerado o regime de enquadramento do autuado como empresa de pequeno porte, e que é inconstitucional a desconsideração do regime de apuração sem o correspondente direito à defesa do autuado.

Observe que, ao dar cumprimento à diligência solicitada por esta Junta, o auditor designado pela ASTEC intimou o contribuinte (fl. 705) para que, dentro de 48 horas, apresentasse os boletos “casados” com os

respectivos Cupons Fiscais, na mesma ordem dos demonstrativos diários das operações apresentados na defesa em que é feita a especificação de cada venda efetuada.

Noutras circunstâncias, eu, como relator, teria de propor nova diligência, porque considero um absurdo conceder o prazo de apenas 48 horas para o contribuinte cumprir uma diligência tão complexa, como se ele já dispusesse daqueles elementos na ordem solicitada, “casados” com os respectivo Cupons, e tudo o que tivesse por fazer fosse entregá-los ao fisco. Tudo no mundo está sujeito ao princípio da razoabilidade. No entanto, neste caso, é infrutífero repetir a diligência, haja vista que o contribuinte declarou não dispor dos elementos necessários.

Quanto ao argumento de que as vendas informadas através das DMAs são bem superiores às vendas realizadas com cartões de crédito, ensejando, assim, a presunção de que não houve receita que não fosse tributada, cumpre observar que o lançamento em discussão se baseia numa presunção legal. Trata-se de presunção relativa, mas é uma presunção legal. O contribuinte recebeu os relatórios TEFs diários. Diante dos relatórios de informações TEFs diários, o autuado teve condições de efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal. Se não o fez, é porque, certamente, não há erros nas informações prestadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Aplica-se, por conseguinte, a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02. 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.

Quanto à reclamação de que não teria sido considerado o regime de enquadramento do autuado como empresa de pequeno porte inscrita, observo que a apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. A repartição fiscal homologará o valor já pago”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente apresenta as seguintes fundamentações:

- I. do relatório constante do acórdão consta reconhecimento de erro por parte da fiscalização, apresentando inclusive demonstrativo de débito ajustado, o que torna sem qualquer valor, por óbvio, já que o mesmo não tem como informar de maneira clara o que realmente aconteceu com os lançamentos fiscais do autuado, ensejando assim, necessidade de perícia, o que de pronto foi rejeitado pela JJF, tornando-a também imprestável pela incontestável parcialidade;
- II. a lei é expressa e taxativa ao informar que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias se as vendas com cartão de crédito forem superiores aos valores declarados pelo contribuinte;
- III. com o simples compulsar dos autos verifica-se que os valores informados mensalmente, e tributados, foram bastante superiores aos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito;
- IV. a JJF preferiu aceitar como verdadeiras as informações prestadas por um fiscal que não apurou devidamente os fatos do que encarar os documentos idôneos acostados pelo recorrente, por considerar apenas os valores das operações pagas com cartão de crédito, levando em conta apenas umas das parcelas que compõem as vendas, sem observar as vendas mensais realizadas e tributadas;
- V. quanto à alegação de que segundo o art. 144 do RICMS o autuado deve manter os boletos de cartão de crédito em seu poder, entende que esse dispositivo é taxativo ao afirmar que o prazo de armazenamento de documentos fiscais diz respeito a livros contábeis, fiscais e documentos relacionados aos lançamentos, que neste caso são as notas fiscais, demonstrando com isso que o fiscal autuante deveria, no mínimo, ter confrontado cada lançamento encontrado com as informações obtidas nas reduções Z;

- VI. baseado no princípio da legalidade, alega que o agente de fiscalização inabilitado no CRC na categoria de contador, não poderá lavrar Auto de Infração que tiver por base trabalhos de auditoria ou perícia contábil, como ocorre no caso em tela;
- VII. alega que o Auto de Infração não traz no seu bojo o dia do início do período de fiscalização, elemento essencial ao procedimento administrativo, conforme dispõe o art. 28 do RPAF;
- VIII. alega que a multa aplicada torna-se odiosa, na forma de confisco, vedado no Direito Tributário.

Em conclusão, afirma que os vícios de que padece o Auto de Infração são insanáveis, requerendo seja acatada a preliminar de cerceamento do direito de defesa, assegurando-lhe o direito de verificar tecnicamente, por meio de perícia, que jamais cometeu a infração apontada, bem como a fixação da multa em 2%.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes fundamentos:

- a impugnação desvelada na súplica recursal cinge-se especificamente à infração 2, aduzindo em síntese: 1) que as vendas foram superiores aos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito; 2) cerceamento do direito de defesa face ao indeferimento da perícia requerida; 3) lavratura do Auto de Infração por servidor incompetente; 4) ausência do Termo de Início de Fiscalização; 5) multas e acréscimos legais abusivos.
- as razões recursais não visam afastar a presunção legal apurada no levantamento fiscal, bem como vêm desacompanhadas de qualquer prova capaz de sustentar seu deferimento;
- o deferimento da perícia é ato discricionário do julgador, podendo ser indeferido nas hipóteses elencadas no inciso II do art. 147 do RPAF;
- o pedido de perícia poderá ser convertido em diligência a critério do órgão julgador, consoante parágrafo primeiro do citado artigo, e, nos presentes autos fora deliberada a realização de diligência que promoveria verdadeira revisão no lançamento; entretanto, o revisor da ASTEC atestou que diante do não atendimento da intimação de fls.705, ficou impossibilitado de concluir o trabalho solicitado;
- não há nos autos cerceamento do direito de defesa do contribuinte, ao contrário, observa-se a busca pelo julgador da verdade material, obstaculizada pela inação do autuado em dispor de documentos fiscais indispensáveis a provar suas alegações;
- fenece razão também ao recorrente quanto a alegada incompetência do preposto fiscal para lavratura do Auto de Infração, pois o art. 42 do RPAF estabelece a competência privativa dos auditores fiscais para a lavratura de autos de infração, independentemente de ser profissional de contabilidade inscrito no CRC;
- a ausência de Termo de Início de Fiscalização não induz nulidade do lançamento diante das demais formas de início de procedimento fiscalizatório, nos termos do art. 26 do RPAF;
- com esses argumentos entende superadas as preliminares suscitadas.
- Quanto ao mérito, argumenta a ilustre procuradora:
- mediante relatórios TEFS diários, a fiscalização apurou vendas em valores inferiores aos informados às instituições financeiras, cabendo ao autuado fazer a contraprova, trazendo aos autos documentos que demonstrassem a natureza das operações e capazes de afastar a presunção legal, não o fazendo, quando intimado, sob a alegação de não mais dispor desses

documentos, indispensáveis para elidir a presunção legal, como preceitua expressamente o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014.

Com relação às multas aplicadas, diz que as mesmas encontram-se previstas no art. 42 da Lei nº 7.014 e estão adequadas as infrações apuradas no presente lançamento.

VOTO

As alegações do autuado em seu Recurso Voluntário estão desprovidas de qualquer elemento probatório para sustentá-las. Quanto à perícia requerida, destaque-se que é facultado ao julgador indeferi-la quando em seu entender existem elementos nos autos suficientes para o deslinde da questão; ainda mais que, no caso presente, tornou-se inviável a realização da diligência solicitada pelo julgador, em face da informação do autuado de que não mais dispunha dos boletos necessários à apuração dos valores constantes dos demonstrativos anexados ao processo. Também não prospera a alegação da existência de vícios apontados pelo recorrente; primeiro porque a competência do fiscal autuante para lavrar autos de infração está expressa no art. 42 do RPAF e independe da inscrição do profissional no CRC, como indevidamente alegado. A ausência de Termo de Início de Fiscalização está suprida, diante das demais formas de procedimento constantes do art. 26 do RPAF, que asseguram a sustentação da ação fiscal. No mérito, não resta a menor dúvida quanto à apuração de vendas em valores inferiores aos informados às instituições financeiras, e a contraprova se tornaria viável se o contribuinte dispusesse dos documentos necessários a demonstrar a natureza das operações, e com isso afastar a presunção legal expressamente preceituada no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014.

Quanto à multa, trata-se de evidência que se encontra expressa na legislação estadual, sendo vedada aos órgãos administrativos a sua apreciação. Quanto à alegação de que o valor total informado pelo contribuinte é superior ao informado, não pode ser acolhida, visto que aquela informação abarca vendas efetuadas por diversas formas de pagamentos. A auditoria fiscal valeu-se das informações obtidas das administradoras de cartão de crédito e registros de pagamentos.

Em face do exposto, rejeito as preliminares argüidas, e no mérito, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108875.0001/06-1**, lavrado contra **ENGENHO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (MERCADINHO ENGENHO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.121,08**, acrescido das multas de 50% sobre R\$6.140,85 e 70% sobre R\$51.980,23, previstas no art. 42, incisos I, “b”, 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS