

PROCESSO - A. I. N° 298950.0074/08-9
RECORRENTE - TB ALIMENTOS BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0284-03/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0106-12/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. 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. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Indeferido o pedido de perícia. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0284-03/08) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, em 11/03/2008 e exige ICMS no valor de R\$18.995,93, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito, ou de débito, em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de junho/2004, janeiro a junho/2005, e abril/2006.

A 3ª JJF, após análise das peças processuais, indeferiu, inicialmente, o pedido de perícia porque a prova do fato imputado não depende do conhecimento especial de técnicos. E, em relação à produção dos demais meios de prova em direito admitidos, dentro dos prazos legais é facultado ao contribuinte providenciá-las em todas as instâncias de julgamento. Além do mais, encontram-se no processo todos os seus pressupostos de validade, estando identificados, com clareza, o autuado, o montante e os fatos geradores do débito exigido, acompanhados de demonstrativos e de todas as provas necessárias, tendo sido garantido o direito ao exercício de ampla defesa do contribuinte.

No mérito, descrevendo como a auditoria fiscal ora em discussão é realizada, assim como as determinações do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, observou que *o autuado não comprovou de forma objetiva a inexatidão quanto aos valores apurados pela fiscalização, apenas apresentando levantamentos de dados que afirma terem sido colhidos em sua escrita contábil, mas, dentro de seu prazo de defesa, tendo sido-lhe entregue o relatório de todas as operações individualizadamente informadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito para que, querendo, comprovasse a totalidade do quanto alegado em relação aos valores lançados no Auto de Infração, não o fez.*

Houve a ressalta de que *a autuação não trata de comparação entre dados declarados contabilmente com dados fornecidos pelas administradoras de cartões de débito/crédito, mas sim de imputação de falta de emissão de documento fiscal, porque as vendas a cartão declaradas pelo contribuinte em suas leituras diárias de ECF, resumos denominados de Reduções “Z”, o foram em valor inferior àqueles que as mencionadas administradoras informam à SEFAZ.*

Quanto ao citado “Sistema Colibri”, que o autuado afirma utilizar, tal assertiva não comprova que os documentos fiscais foram emitidos em todas as vendas realizadas, no período objeto da fiscalização.

Analisando, com minúcia, como se posicionou a fiscalização para comprovar a existência da omissão de vendas anteriores de mercadorias através de cartão de crédito e/ou débito, disse que se tratando de venda com emissão de documento fiscal e pagamento por meio de TEF, a identificação de cada operação de venda pode ser realizada comparando-se, individualmente, data e valor do documento fiscal com data e valor da operação descrita no Relatório TEF. E, como o contribuinte possui, fornecido pela SEFAZ, conforme recibo, o Relatório contendo a descrição de cada operação de venda com pagamento por meio de TEF que realizou no período objeto da autuação fiscal, inclusive com as datas e valores de cada uma, poderia os ter confrontado para identificação de cada operação descrita no citado Relatório TEF com os documentos fiscais que emitiu e a cuja guarda está obrigado, nos termos do inc. VII do art. 34 da Lei nº 7.014/96. Desta forma, deveria juntar, com a sua defesa, as cópias das leituras do ECF, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, e os respectivos documentos fiscais correspondentes às vendas realizadas por meio de cartão de crédito, para provar que os mesmos foram emitidos quando das vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito, o que não havia sido feito.

Houve a observação de que o imposto foi calculado com base nas regras de apuração de ICMS por regime de receita bruta do autuado, nos termos do artigo 504, caput e inciso IV, do RICMS/BA, utilizando-se corretamente os percentuais de 4% e de 5%, vigentes às datas de ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária.

Não foi acatado o argumento de ausência de dolo diante dos termos do artigo 40, § 2º, da Lei nº 7.014/96. Assim, para a infração em lide a legislação tributária deste Estado prever a aplicação da multa de 70%, como determina o inc. III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, corretamente lançada no Auto de Infração.

Acerca dos acréscimos legais incidentes sobre o débito lançado de ofício, são decorrentes da falta de recolhimento tempestivo do débito lançado de ofício, e estão previstos no artigo 102 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB e em relação ao pedido de dispensa e de redução da multa, é que poderá ser dirigida à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda, inexistindo previsão legal para sua apreciação pela 1ª Instância de Julgamento.

O lançamento fiscal foi julgado totalmente procedente.

Após tomar ciência da Decisão prolatada pela 3ª JJF (fls. 84/85) o contribuinte interpõe Recurso Voluntário contra esta Decisão (fls. 88/92). Preliminarmente se insurge quanto ao indeferimento da prova pericial requerida entendendo ter havido ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e a ampla defesa. Ressaltou ser a perícia de suma importância, pois a matéria em lide era complexa, envolvendo divergência de valores e de lançamentos. Assim, deveria ser acompanhada por perito, desvinculado das partes, para dirimir as divergências. E, quanto a afirmativa da JJF de que “o fato imputado não depende de conhecimento especial de terceiros” (sic), entendeu afirmativa “simplória” que não réstia aos ditames da Lei Maior que lhe assegura a ampla defesa. Neste discurso, citou palavras que disse ser de Uadi Bulos em sua obra Constituição Federal Anotada (pág. 240).

Finalizando seu pedido de perícia, solicitou ter ciência prévia da mesma, para indicação de auxiliar para formulação de quesitos.

No mérito, disse que o Auto de Infração não merecia prosperar, vez que a JJF entendeu que houve a presunção de ocorrência de operações mercantis. Esta afirmativa, disse, reforçava o seu pedido de perícia, porquanto a presunção unilateral não pode resistir a provas documentais.

Narrando como se deu o procedimento fiscal, acolhido pela 3ª JJF, e as provas que inicialmente constituiu - transcrição dos lançamentos do seu Livro do Registro de Saídas e Apuração do ICMS os comparando com as vendas através de cartão de crédito e dinheiro e/ou cheques, nos meses

autuados, afirmou estar claro que sempre apresentou ao fisco montantes superiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito

Rebateu a afirmativa do voto proferido pela 1ª Instância de que “*não teria comprovado de forma objetiva a inexatidão quanto aos valores apurados pela Fiscalização*”, já que somente foi apresentado levantamento de dados ditos colhidos na escrita contábil. Argumentou que somente o termo “escrita contábil” bastaria para que os dados fossem aceitos, pois da lavra de profissional responsável, e reflete a realidade empresarial para todo um universo comercial, tributário e fiscal, não podendo ser elididos por presunção, meramente subjetiva. Informou, em seguida, que utiliza em sua escrita contábil mo SISTEMA COLIBRI, aprovado pela Receita Estadual, onde são registrados todos os pedidos dos clientes, valores e cuja finalização, só ocorre quando da emissão automática do cupom fiscal. Ressaltou que o sistema se encerra, quando a mesa é totalizada. Através deste sistema, continuou, apura sua receita bruta, lançada nos livros fiscais, que, no caso presente, é superior aos valores apurados pelo fiscal autuante.

Disse não poder prevalecer o entendimento da JJF de que deixou escoar o prazo para comprovar a totalidade do quanto alegado em relação aos valores lançados no Auto de Infração, já que, da leitura da defesa apresentada, forçoso se concluiu de que apresentou demonstrativo extraído do “Livro de Registro”, provando que os valores lançados foram superiores aos apurados pelo fisco na ação fiscal. Perguntou que prova mais seria necessária?

Entendeu que como a relatora do processo afirmou que o autuado embora tenha juntado demonstrativo (fls. 6/13), indicando os valores diários das vendas por meio de crédito/débito, não o acolheu tendo em vista que não foram apensados aos autos cópias das leituras do ECF (Sistema Emissor de Cupom Fiscal), juntamente com os boletos de vendas por intermédio de cartões, para provar que os mesmos foram emitidos quando das vendas realizadas . Após tal afirmativa, fez as seguintes colocações:

1. *sustentou a validade dos lançamentos da escrita contábil, que também sob pena de responsabilidade, reflete a realidade e a verdade dos negócios comerciais praticados pelo recorrente;*
2. *se não apresentou os documentos, tal fato somente poderia gerar , se comprovada, sujeição a penalidade da multa, jamais pelo pagamento do Imposto, sob pena de estar a Receita Estadual, indevidamente, se locupletando e violando o princípio do BIS IN IDEM;*
3. *se a Fiscalização constatou divergência entre o lançamento e que teria sido constatado através as vendas apuradas por meio de cartão, porque se insurge contra a realização de pericia, meio de prova que resolveria de modo conclusivo, essa divergência.*

Por fim, afirmou descaber lhe penalizar por presunção, descabendo a multa e os acréscimos legais imputados. E, caso mantida a Decisão recorrida, fosse deferida a dispensa ou redução de multa, *por ser essa Câmara Superior, o órgão competente para decidir.*

Solicitou a improcedência da autuação, ou, caso contrário, cancelamento ou redução dos acréscimos legais.

Em manifestação, a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto (fls. 100/103), considerando ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido. Após analisar as peças processuais verificou, à saciedade, que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária Estadual e o lançamento atende a todos os requisitos previstos no art. 39, do RPAF/99, não havendo dúvidas quanto ao exercício do pleno do direito constitucional á ampla defesa assegurada ao sujeito passivo, pois o recorrente na sua peça de defesa demonstra a clareza dos motivos e dos dispositivos objetos da autuação. Afirmou que o não acolhimento da prova pericial pela JJF encontra respaldo no RPAF/99 e no Código de Processo Civil, e, portanto, em nada colide com os dispositivos constitucionais. Entende que a produção de prova pericial revela-se desnecessária na medida em que a mesma só é cabível quando o fato imputado depender do conhecimento especial de técnicos, situação diversa dos autos.

No mérito, analisando as disposições do § 4º da Lei nº 7.014/96 disse que a autuação se encontra embasada em presunção relativa prevista expressamente na citada lei e cuja descaracterização estará sempre facultada ao contribuinte. Frisou que, *na hipótese em tela, o trabalho realizado pelo autuante está lastreado no confronto entre as vendas registradas nas reduções Z dos ECF e as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito, ou seja, os demonstrativos elaborados pela fiscalização estadual estão lastreados nos dados fornecidos pelo sujeito passivo e nas informações prestadas pelas administradoras de crédito. Em assim sendo, não há dúvida quanto à existência do fato impositivo e a segurança na aferição da base de cálculo, haja vista o levantamento fiscal constante nos autos às fls.09/12 e a falta de prova capaz de elidir a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto*, posto que o recorrente não acostou documentos fiscais capazes de elidir a presunção de legitimidade do lançamento, tais como, as cópias das leituras do ECF acompanhadas dos boletos de vendas através de cartão de crédito/débito e dos respectivos documentos fiscais,.

Quanto ao pedido de redução ou dispensa da multa aplicada o mesmo deverá ser apreciado pela Egrégia Câmara Superior, que de antemão, não deverá ser acolhida em razão da ausência de fundamentos e provas que amparem o pleito, conforme disposições do art. 159 do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido desta CJF dar provimento ao seu pedido de reforma da Decisão de 1ª Instância que julgou o Auto de Infração procedente.

O recorrente argumenta que o indeferimento pela JJF do seu pedido de perícia ofendeu os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Afirmou ser a perícia de suma importância, pois a matéria em lide era complexa, envolvendo divergência de valores e de lançamentos. Além do mais, entendeu “simplória” a afirmativa de que ela não dependia de conhecimento especial de terceiros.

Em primeiro, diante do seu convencimento, pode o julgador negar pedido de diligência e/ou perícia, como feito, ao teor expresso do art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Em segundo, como bem pontuou a JJF, nos autos foram atendidos todos os requisitos legais atinentes à garantia do devido processo legal, bem como ao exercício da ampla defesa, o que foi plenamente exercido pela empresa. Em terceiro, a matéria não depende de conhecimento específico de perito para o seu deslinde. Em assim sendo, indefiro o pedido de perícia e/ou diligência solicitada, ao teor do art. 147, I, incisos “a” e “b” e inciso II, “a” e “b”, do RPAF/97.

A infração motivadora do Recurso Voluntário trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Preliminarmente ressalto que o lançamento fiscal encontra-se revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, a natureza da infração apurada com a respectiva multa, baseados em dispositivo legal e o montante do débito tributário, que foi apurado através do confronto entre as reduções Z dos equipamentos fiscais da empresa autuada – ECF (vendas diárias) e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Ainda ressalto que, como o recorrente apura o imposto por sua receita bruta, foram aplicados os percentuais de 4% e/ou 5% (a depender da ocorrência do fato gerador) para apuração do imposto, nos termos do art. 504, caput e inc. IV, do RICMS/BA.

Quanto à afirmativa de que a JJF entendeu que houve a presunção de ocorrência de operações mercantis, informo que esta situação está prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/97, não sendo, portanto, entendimento deste Colegiado. E, quanto a afirmativa de que houve desconsideração de sua escrita contábil, firmada por profissional responsável, informo que aqui não se está desprezando a escrita contábil da empresa, nem mesmo, se insinuando qualquer colocação que possa denegrir a responsabilidade e competência do seu contador. Por fim, se o sistema adotado

pela empresa é o COLIBRI, aprovado pela Receita Federal, em nada tal fato afeta a auditoria fiscal. A matéria em lide é de outra ordem.

No mais, o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 determina, como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, entre outros a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, salvo se ele provar o contrário, ou seja, o ônus da prova em desconstituir a presunção é do sujeito passivo. O recorrente entende que esta presunção não poderia prevalecer, pois suas declarações de vendas sempre foram superiores às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito e que todas elas são acompanhadas por notas fiscais. O fato de sua receita bruta ser superior àquela informada pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito é fato, porém, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito e/ou débito (modalidade específica de pagamento). Portanto, o exemplo trazido no bojo do seu argumento aqui nada acrescenta, nem a afirmativa de que sempre emite nota fiscal.

O recorrente para elidir a ação fiscal deveria ter apresentado demonstrativo, acobertado das notas/cupons fiscais e boletos de pagamento, onde estivesse provada a inconsistência da autuação. Teve todos os prazos legais para isto fazer. Preferiu levar sua argumentação em outra direção, não trazendo as provas materiais que são de fundamental importância em um processo administrativo fiscal e quando lhe cabia a prova em contrário. Em assim sendo não pode se sustentar o argumento de que, a empresa, ao não trazer as provas, somente poderia ser penalizada com multa por descumprimento de uma obrigação acessória, nem, tampouco a afirmativa ter havido *bis in idem*.

A empresa ainda solicita a dispensa dos acréscimos moratórios e a dispensa ou redução da multa aplicada. Quanto aos acréscimos legais incidentes sobre o débito lançado de ofício e decorrentes da falta de recolhimento tempestivo do débito lançado de ofício, eles estão previstos no artigo 102 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, não podendo, assim, ser o pleito do contribuinte atendido. E em relação ao pedido de dispensa e de redução da multa, ressalto que diante das determinações legais seu pedido resta prejudicado, pois dirigido à Instância deste Colegiado que não tem competência para apreciá-lo, já que compete a Câmara Superior deste CONSEF esta apreciação conforme determina o art. 169, § 1º, do RPAF/99 (Decreto no 7.629/99).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

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 **298950.0074/08-9**, lavrado contra **TB ALIMENTOS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.995,93**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS