

**PROCESSO** - A. I. N° 178891.6021/07-0  
**RECORRENTE** - COMERCIAL DE ALIMENTOS D.J.M. LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0176-01/08  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 29/07/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0199-12/09

**EMENTA:** ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados 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. Presunção não elidida. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0176-01/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, para exigir o ICMS, no valor de R\$ 208.355,31 acrescidos das multas de 70% e 50%.

O contribuinte, desde sua inicial, somente se insurge contra a infração apontada como 1 do Auto de Infração. Desta forma, a irregularidade tributária em lide diz respeito tão-somente à omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$191.677,47, nos meses de fevereiro a dezembro/2005; julho a dezembro/2006; janeiro a maio/2007.

O autuado (fls. 278/288) em suas razões de defesa informou ser optante do Simbahia, na condição de empresa de pequeno porte, portanto, o fiscal autuante deveria ter se baseado na faixa de enquadramento a que estava submetido. Que buscou utilizar corretamente seus ECFs, porém, no período fiscalizado, seu equipamento emissor de cupom fiscal apresentou defeito, inclusive por conta de frequentes quedas de energia elétrica, passando por constantes intervenções. Desta forma, como houve demora excessiva em relação aos reparos realizados nos ECFs, optou, por um dado período, escriturar as saídas de mercadoria, única e exclusivamente, por meio das notas fiscais de venda ao consumidor, modelo 2, não consideradas pela fiscalização. Desta forma, concluiu, não houve omissão de saídas, mas simplesmente uma irregularidade por descumprimento de obrigação acessória que não ensejou prejuízo ao Erário, já que recolheu o ICMS devido por via de notas fiscais. Afirmou que diante do princípio da razoabilidade, o fisco não poderia utilizar a presunção, não havendo base legal para agirem da forma feita. Insurgiu-se, igualmente, contra a multa aplicada.

Após ouvidos os autuantes (fl. 350), a 1ª JJF não acatou o pedido de diligência solicitada com fulcro no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99 e decidiu pela procedência total do Auto de Infração tendo por base as seguintes comprovações:

1. o Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. A presunção a que se refere a determinação legal acima indicada, de igual forma, tem previsão no inciso IV, art. 334 do Código de Processo Civil, cabendo ao autuado o ônus da prova.
2. o autuado embora afirme ter emitido notas fiscais de venda ao consumidor, modelo 2, em substituição aos cupons fiscais por defeito dos seus ECFs, não apresentou os respectivos atestados de intervenções fornecidos pelas empresas credenciadas. Mas, mesmo admitindo a existência de tais atestados, não foram apresentadas, nem especificadas as notas fiscais que tenham relação com as operações constantes do relatório TEF, guardando identidade de data e valor com essas operações, o que poderia demonstrar que as notas fiscais se referiam às vendas efetuadas através de cartões de crédito/débito.
3. Os registros contábeis de vendas mencionados, ou mesmo os DAE's apresentados, não estão amparados por documentação de origem, ou seja, notas fiscais ou cupons fiscais, para que seja possível a comprovação das alegações defensivas. *Ainda que apresentados, deveriam ter identidade de data e valor com as operações constantes do relatório TEF, para que elidissem a acusação. Não há, portanto, comprovação de que os mencionados livros e DAE's são relativos às operações realizadas com cartões de créditos/débitos, informadas pelas administradoras.*
4. Quanto ao fato do contribuinte, à época, estar enquadrado no Simbahia, portanto tendo direito a este tratamento para o cálculo do imposto, bem como, da aplicação da multa de 50%, foi observado que na constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S e 408-L, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02. Em assim sendo, a multa prevista é aquela determinada no art. 915, III da norma regulamentar.

Tomando conhecimento da Decisão proferida pela 1ª Instância deste Colegiado (fls. 364/365), o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 373/383) reiterando todos os termos iniciais da sua defesa anteriormente apresentada. Acrescentou, em sua peça recursal, comentários que julgou pertinentes sobre a Decisão proferida pela JJF.

Disse que a JJF havia desconsiderado o pedido de perícia contábil solicitada bem como todos os documentos (cópias de DAEs) apensados aos autos. Entendeu que tal procedimento colidia com a própria Decisão proferida já que, *num primeiro momento, o ilustre relator entende que não há necessidade da realização de diligência e perícia e, logo em seguida, dispõe que as provas trazidas pelo Autuado necessitariam de um identificação com as informações constantes no relatório TEF*. afirmou que no seu entendimento uma diligência aliada a uma análise contábil dos DAEs apresentados teria o condão de afastar a presunção ora combatida, pois constataria que todos os valores de venda foram escriturados e integralmente contabilizados para efeito de recolhimento do ICMS.

Comentou que malgrado a presunção legal existente, de discutível constitucionalidade, a Administração Fazendária deve se pautar no controle da legalidade, de modo a que se aplique a legislação adequada com base nos eventos efetivamente acontecidos, sob pena de total insegurança jurídica, bem como, *a inversão inescrupulosa do ônus da prova, como no caso. Que pertence à Fazenda Pública.*

Quanto ao mérito da infração contestada, ou seja, aquela apontada como 1, após trazer todos os argumentos de sua defesa inicial, solicitou a improcedência da autuação com a reforma da Decisão combatida e que fosse deferida a sua solicitação de perícia contábil.

A PGE/PROFIS em seu Parecer (fls.390/391), após citar os argumentos apresentados pelo

recorrente em seu Recurso Voluntário, não o deu provimento pelas seguintes razões:

1. foi dada a oportunidade ao recorrente de comprovar a regularidade de suas operações comerciais. Inclusive, esta oportunidade tem elidido diversas infrações, ainda que parcialmente.
2. Quanto à alegação do recorrente de se encontrar enquadrado no Simbahia, disse que a própria lei instituidora do regime simplificado de apuração do imposto determina que diante de uma infração grave, a apuração deve ser feita pelo regime normal, aplicando-se o crédito presumido, conforme feito no presente processo. A transcrição das normas contidas no art. 408-S e 408-L, do RICMS/Ba feita pela Decisão recorrida, indica, precisamente, o fundamento legal para a adoção do cálculo do ICMS devido.
3. Em relação a multa aplicada, como ela não se refere a imposto não recolhido, foi corretamente aplicada.

Esta 2<sup>a</sup> CJF decidiu encaminhar os autos à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências (fl. 393):

1. intimasse o contribuinte a apresentar uma relação indicando todas as notas fiscais de venda ao consumidor final, modelo 2 emitidas durante período autuado como seu respectivo comprovante de pagamento através de cartão de crédito e/ou débito. Foi observado que esta relação deverá estar acompanhada dos respectivos documentos comprobatórios.
2. Após a entrega desta relação e documentos, os analisasse objetivando o conhecimento daqueles que deveriam, ou não, permanecer autuação.
3. Elaborasse demonstrativo de débito, caso existisse imposto a ser exigido.

Em cumprimento à diligência solicitada, a diligente fiscal do Órgão Técnico deste CONSEF prestou os seguintes esclarecimentos (fls. 396/397):

*"Para cumprir a diligência fiscal, estive no estabelecimento do autuado para intimá-lo a apresentar os documentos acima citados, quando fui informada de que a empresa que estava em atividade, no local, era outra, apesar do mesmo nome de fantasia, DJM — SUPERMERCADOS, e que a razão social da atual empresa é COMERCIAL DE ALIMENTOS DO VALLE LTDA -ME, como consta no cupom fiscal que me foi entregue pelo gerente da nova empresa.(fl.). Solicitei que me informasse os telefones dos sócios, contador, ou advogado da empresa autuado para que pudesse entrar em contato com algum deles para solicitar os documentos necessários à diligência fiscal, porém fui informada de que não tinha conhecimento.*

*Ao consultar o INC - Informações do Contribuinte, da Secretaria da Fazenda, constatei que a empresa autuado havia mudado de endereço, passando para a AVENIDA ANTONIO CARLOS MAGALHÃES, EDF. PROFACIONAL CENTER, Nº 2501, SALA 419, BROTAIS, como consta nos Dados Cadastrais às fls. Apesar de achar muito estranho este novo endereço, pelo fato de tratar-se de um supermercado, como se constata nos Dados Cadastrais da empresa, com ATIVIDADE ECONOMICA DE COMÉRCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL - COM PREDOMINÂNCIA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, estive no local, e confirmando as minhas suspeitas, no local, fui informada de que não consta nenhuma empresa com este nome, sendo informada de que a empresa que funciona nesta sala é a — EXPORT- COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO (MARCOS LORDELLO), conforme informações do porteiro do Edf. Profissional Center, e como consta na lista dos condôminos.*

*Deste modo, como não tive acesso aos documentos necessários ao cumprimento da diligência fiscal, o PAF está sendo devolvido para os devidos fins."*

Em manifestação (fl. 404 verso) a Dra. Maria Dulce Baleiro Costa ratificou os termos do Parecer do Órgão Jurídico acostado às fls. 390/391, já que o contribuinte não foi localizado.

## 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 de modificar a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância deste Colegiado que julgou procedente a exigência da cobrança do ICMS que não foi recolhido, sendo constatado através da omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de

levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecida por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Observo que as demais infrações apuradas no presente Auto de Infração não foram contestadas.

O recorrente insurge-se contra a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância deste Colegiado por lhe ter sido negada diligência fiscal para que fossem apurados os fatos por ele relatados, visando a desconstituição da infração ora em combate.

Discordo do argumento da empresa de que uma análise contábil dos DAEs apresentados tenha o condão de afastar a presunção em análise, já que a auditoria apura 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) que não foram levadas à tributação. Entretanto, diante do argumento de que notas fiscais, modelo-2 não foram levadas em consideração e como se constatou, de uma análise inicial, dos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 5, 15 e 21 dos autos) que em diversos meses os fiscais consideraram apenas notas fiscais, em outros, tão-somente os cupons fiscais e em outros meses notas fiscais e cupons fiscais, esta 2<sup>a</sup> CJF encaminhou o processo à ASTEC/CONSEF objetivando dirimir qualquer dúvida existente. A diligência não foi cumprida, pois a empresa não foi localizada pela Secretaria da Fazenda, embora tenham sido utilizados de todos os meios possíveis para tal, conforme relato da diligente fiscal e apresentado no relatório deste Acórdão. Inclusive, a empresa prestou informações quanto a sua localização à Secretaria da Fazenda que não condizem com a realidade.

Em vista do exposto, o recorrente negou a si próprio qualquer ação do fisco visando apurar algum erro existente. E, por fim, observo que a lei estadual prevê que a presunção ora guerreada deve ser desconstituída pelo contribuinte, ou seja, o ônus da prova a ele cabe.

Em vista do exposto, a Administração Fazendária se pautou no controle da legalidade, aplicando a legislação pertinente. Quanto à afirmativa do recorrente de que a inversão do ônus da prova é ato inescrupuloso, deixo de me pronunciar, pois entendimento pessoal que aqui não deve ser analisado.

Quanto ao mérito da infração contestada, a empresa trouxe os mesmos argumentos de sua inicial e que já foram corretamente analisados e rechaçados pela JJF, ou seja::

Existindo notas fiscais de venda ao consumidor, modelo 2 não consideradas em substituição aos cupons fiscais, tais documentos não foram apresentados e correlacionados com os boletos emitidos pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. Observo, inclusive, que a auditoria teve como base, em sua maior parte, essas notas fiscais, pois em muitos meses, as Reduções Z dos ECFs se encontravam “zeradas” e que a Secretaria da Fazenda, buscou, sem êxito, saber quais os documentos fiscais não lançados pelo autuante. Em assim sendo, o argumento de que somente houve descumprimento de uma obrigação acessória não tem fundamento. A irregularidade constatada diz respeito à omissão de pagamento do imposto – obrigação principal.

O autuado alegou que como é empresa enquadrada no Simbahia, o imposto, se devido, deveria ser apurado com base no percentual legal indicado ao seu enquadramento (no caso, 2,5%). Teria razão se as ocorrências dos fatos geradores se reportassem ao período compreendido entre a criação desse regime até outubro de 2000, já que somente a partir da Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 é que o Regulamento inseriu, no seu art. 408-L, V, as infrações especificadas no inciso III do seu art. 915. Nesta ocasião, o contribuinte perdeu o direito a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS em relação aos fatos geradores guerreados. Porém, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, a Lei nº 8.534/02 alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta redação, devem ser considerados, para apuração do imposto, os créditos fiscais adotando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de

*quaisquer outros créditos fiscais*, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado. Em vista destas determinações, o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida aos procedimentos legais de fiscalização, para averiguação, ou mesmo, homologação dos lançamentos realizados. Os fatos geradores ocorreram entre 2005 a 2007 e este foi o procedimento da fiscalização.

Quanto ao fato das empresas enquadradas no SimBahia estarem desobrigadas de escriturar diversos livros fiscais, este é argumento que nada traz ao deslinde da lide, pois, como anteriormente dito, a auditoria leva em consideração os documentos fiscais emitidos (no caso, cupons e notas fiscais), os correlacionando com as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito.

Por fim, quanto ao entendimento do recorrente da inadequação da multa aplicada, ressalta-se que no período apurado, ele perdeu o direito da adoção do tratamento simplificado de apuração do imposto. Assim, a multa foi a corretamente prevista na norma tributária, ou seja, aquela determinada no art. 42, III, da lei nº 7.014/96.

Por tudo exposto, as provas do fisco estão nos autos e não vislumbra qualquer violação ao princípio da estrita legalidade, presunção de inocência ou da segurança jurídica.

Voto pelo NÂO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÂO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 178891.6021/07-0, lavrado contra COMERCIAL DE ALIMENTOS D.J.M. LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$208.355,31, acrescido das multas de 70% sobre R\$191.677,47 e de 50% sobre R\$16.677,84, previstas no art. 42, incisos III e I, alínea “b”, itens 1 e 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS