

PROCESSO - A. I. Nº 207104.0038/07-6
RECORRENTE - MERCADINHO PARATIGI LTDA. (LARANJA & CIA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0249-03/08
ORIGEM - INFAT ATACADO
INTERNET - 30/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0397-12/10

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 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. Após diligência saneadora realizada pela ASTEC/CONSEF foi reduzido o valor do imposto exigido. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0249-03/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$16.186,90, 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/débito no período de janeiro/2006 a maio/2007. Demonstrativos às fls.10 a 48.

O Auto de Infração foi considerado revel (fl. 55), o que motivou impugnação do contribuinte que dirigiu petição à Presidente do CONSEF e ao Procurador Chefe da PGE. A GECOB/Dívida Ativa encaminhou o processo para nova intimação ao contribuinte. Às fls. 70/362 foi anexado o Relatório Diário Operações TEF, contendo todas as operações com pagamentos efetuados pelo contribuinte, no período objeto da autuação, informando individualizadamente as operações realizadas. À fl. 363, o contribuinte confirmou o recebimento das cópias do Relatório TEF e a cientificação da reabertura de seu prazo de defesa.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento fiscal (fls. 365/372) e o autuante contrarioncou as razões de defesa (fls. 376/378). Após análise das peças processuais, a 3ª JJF prolatou a seguinte Decisão quanto ao mérito da autuação, depois de rechaçar as questões preliminares de nulidade arguidas pelo impugnante:

“No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre os somatórios das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito informadas pelo contribuinte (leituras Reduções “Z” das máquinas emissoras de cupom fiscal), e os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito no período de janeiro de 2006 a maio de 2007.

Observo que o autuante considerou as vendas realizadas com emissão de exclusivo da exigência fiscal os valores de ICMS às mesmas relativos, cons (2006) e fls. 41 a 48 (2007), cujos dados foram transportados para os dem

Created with

 nitroPDF® professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional

exatamente conforme afirmado pelo autuante em sua informação fiscal. Assinalo que, embora o contribuinte, mesmo descumprindo a obrigação acessória prevista no artigo 824-B do RICMS/BA, emitiu notas fiscais com valores de vendas relativas a parte da base de cálculo do débito levantado, e por este motivo os débitos de ICMS destacados em tais documentos fiscais foram devidamente considerados pelo preposto do Fisco.

Assinalo que os Relatórios Diários por Operações TEF discriminam cada operação de venda com pagamento por Transferência Eletrônica de Fundos - TEF realizada pelo contribuinte e que cada pagamento indicado no mencionado Relatório está relacionado com um número de autorização que consta no boleto TEF emitido pela empresa, do qual uma cópia é entregue ao signatário do cartão de débito/crédito, permanecendo a primeira via em poder da empresa, constituindo-se, este boleto TEF, em um elemento de controle tanto para os clientes que utilizam cartões de débito/crédito para pagar o que adquirem, quanto para os comerciantes e as administradoras de cartões de débito/crédito.

Ademais, no Relatório Diário Operações TEF de fls. 70 a 362 - cujas cópias foram entregues ao contribuinte, concomitantemente com a reabertura de seu prazo de defesa, também consta, paralelamente à data de cada compra, o seu valor, dados indicados de forma individual.

Tratando-se de venda com emissão de nota fiscal, ou de cupom fiscal, e pagamento por meio de TEF, a identificação de cada operação de venda pode-se dar comparando-se individualmente data e valor do documento fiscal com data e valor da operação descrita no Relatório TEF.

Uma vez que o contribuinte possui, fornecido por esta SEFAZ, conforme reconhece, 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, detém os dados suficientes para confrontar, e identificar, cada operação descrita no já citado Relatório TEF com os documentos fiscais que emitiu e a cuja guarda está obrigado, nos termos do inciso VII do artigo 34 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, à época dos fatos geradores, integrante do Regime Simplificado de Apuração de Imposto - SIMBAHIA na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, teve direito ao tratamento diferenciado na ação fiscal em discussão, vez que, nos demonstrativos acostados pelo autuante às fls. 10 e 36, foi indicado o total mensal das vendas por meio de cartão (débito/crédito) informadas pelas empresas administradoras, tendo sido deduzidos os valores correspondentes ao crédito presumido de 8% previsto no §1º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (Lei que instituiu o SIMBAHIA), vigente à época da autuação e dos fatos geradores do débito tributário, para as empresas inscritas naquele Regime. Assinalo, por oportuno, embora isto não tenha sido questionado pelo defensor, que a colocação da alíquota de 17% no demonstrativo do débito do Auto de Infração, por imposição do programa de informática do Sistema de Emissão de Auto de Infração - SEAI utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, não onerou o sujeito passivo, como se comprova do cotejamento entre os valores do ICMS apurados na "Planilha comparativa de vendas por meio de Cartão de crédito/débito", às mencionadas fls. 10 e 36, e o demonstrativo do débito do Auto de Infração, às fls. 01 e 02. A par disto, o artigo 19, combinado com o artigo 15, inciso V, ambos da Lei nº 7.357/98, e combinado ainda com o artigo 408-L do RICMS/BA, determina que, detectando-se a prática de infração de natureza grave, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. O artigo 408-L, inciso V, do RICMS/BA, define que se trata de infração de natureza grave a prevista no inciso III do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso III, inclui a constatação de omissões de receitas tributáveis por meio de levantamento fiscal. Assim, está correta a aplicação da alíquota de 17%, com a dedução do crédito de 8%, como foi realizado no cálculo do débito atinente à infração.

Quanto à alegação defensiva da impropriedade de interpretação do texto do §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, não a acato, tendo em vista que a totalidade das vendas informadas à SEFAZ pela empresa abrange todas as formas de pagamentos utilizadas nas operações que a mesma realiza, inclusive aqueles pagamentos realizados por meio de cartão de crédito, cartão de débito, a dinheiro, cheques, ou outras modalidades admitidas no exercício da sua atividade comercial, enquanto que a auditoria realizada compara vendas com pagamentos por meio de cartões com as informações das administradoras desses cartões, o que significa comparar, de forma objetiva, receitas de fonte idêntica, qual seja, vendas a cartão. O fato de a SEFAZ ir buscar, junto às administradoras de cartões de crédito, e de débito, os dados relativos às vendas realizadas pelos contribuintes de ICMS com o uso desta modalidade de pagamento, denota que tal informação é necessária para o controle das operações mercantis de tais contribuintes, para efeito de apuração de imposto. E não haveria lógica, nem justiça, em se imputar ao contribuinte irregularidades em função da existência de diferenças entre valores de receitas de fontes diferentes. Assim, na auditoria realizada pelo Fisco na ação em julgamento, foram corretamente consideradas as receitas oriundas de vendas a cartão com as declarações do contribuinte no que diz respeito às suas vendas a cartão.

Por conseguinte, tendo as administradoras de cartões de débito/crédito enviado a esta Secretaria as informações de vendas com pagamento por meio de TEF realizadas pelo passivo comprovado, neste processo, que tais informações não refletiriam a os dados de pagamentos dos Relatórios TEF nas planilhas que insere em para basear os cálculos inseridos em suas alegações defensivas - e inexistir

utilize, na realização de auditoria para verificação da regularidade do cumprimento de obrigações principal e acessória, os dados de que licitamente disponha acerca das atividades comerciais de empresa sob ação fiscal, não acato a alegação defensiva de que seria indevida a exigência do imposto apurado com base na comparação entre as informações fornecidas pelo autuado acerca das suas vendas realizadas por meio de cartões de débito e de crédito no período de 01/01/2006 a 31/05/2007, e as informações que foram enviadas à SEFAZ pelas mencionadas administradoras, acerca das operações de venda realizadas pelo autuado, por este mesmo meio (TEF), relativas ao mesmo período, foco da ação fiscal.

Observo que a auditoria questionada pelo defendente, da qual decorre a presente autuação, tal como qualquer outra auditoria fisco-contábil realizada pelo Fisco estadual, é um levantamento fiscal das atividades do contribuinte que envolvam operações sobre as quais incide tributo estadual, no caso, o ICMS, sendo esta realizada tomando-se como base as leituras diárias denominadas Reduções "Z", emitidas por cada equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF que pertence ao contribuinte, e nas quais é informado o resumo das operações realizadas em que houve a devida emissão de cupom fiscal. Nas Reduções "Z" deverá estar informado o valor diário de vendas, dividido por forma de pagamento.

O contribuinte diz que a SEFAZ adotaria, em seus "sistemas internos", o confronto de valores declarados na DME/DMA com os valores declarados pelas administradoras, mas do exame dos autos verifica-se não existir, neste processo, prova de tal afirmativa, uma vez que, na presente ação fiscal, o Fisco confronta os valores de vendas diárias com pagamento por meio de cartões de débito/ crédito, informados nas Reduções "Z" do contribuinte, com os valores de vendas diárias, com mesmo meio de pagamento, encaminhadas à SEFAZ pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

O ICMS exigível é apurado na auditoria por período mensal, se existir diferença para mais nos valores de pagamentos por cartões de débito/ crédito recebidos pelo comerciante, informados pelas administradoras, em relação àqueles pagamentos por igual meio, informados pelo contribuinte em sua leitura Redução "Z".

Ou seja, tal diferença encontrada no levantamento fiscal é utilizada como base de cálculo para apuração do débito de imposto, porque, como está previsto no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, a diferença encontrada entre a venda a cartão informada pelo contribuinte, e a venda a cartão informada pelas administradoras de cartão, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento de imposto, ou seja, vendas sobre as quais não foi realizado o devido recolhimento de ICMS.

Conforme explicitado, em tais leituras Reduções "Z" devem ser identificadas as operações realizadas por meio de cada modalidade de pagamento, exceto se o contribuinte não programar seu equipamento para que detalhe, nos cupons fiscais, as formas de pagamento das operações que realiza em seu estabelecimento. A este respeito, observo que o §7º do artigo 238 do RICMS/BA, acrescentado em 20/01/2004, e com efeitos a partir de 21/01/2004, portanto vigente no período fiscalizado, determina a obrigatoriedade de informação da forma de pagamento adotada na operação, ou prestação, realizada, em que ocorra a emissão de cupom fiscal.

Pelo exposto, o autuado, de posse do relatório que lhe foi entregue, para que comprovasse a improcedência da imputação em relação a cada operação, poderia ter juntado ao processo, com a sua defesa, demonstrativo, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houve a respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período autuado, cotejando cada documento fiscal com a respectiva operação de pagamento informada pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Poderia também ter juntado cópias dos documentos fiscais (notas fiscais ou cupons fiscais) que comprovassem a venda, por operação, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período objeto da autuação, apresentando, junto a cada documento fiscal, cópia do respectivo boleto TEF que comprovasse que a venda foi realizada por aquele meio.

Ressalto que não cabe ao Fisco buscar, nem organizar, em lugar do contribuinte, provas do não cometimento de infração, para elidir presunção legalmente prevista. Cabe ao Fisco cumprir a Lei, verificando a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes do imposto, e foi baseada na presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 que realizou-se a presente ação fiscal. Uma vez que o contribuinte não apresentou provas dos dados dos demonstrativos que elabora às fls. 370 e 371, com a devida documentação fiscal, as alegações defensivas constituem-se em mera negativa de cometimento da infração, o que, à luz do artigo 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Além disto, o fato da não apresentação por uma das partes, nos autos, de documentos de que disponha, é situação prevista no artigo 142 do mesmo Regulamento, importando, neste processo, em presunção de veracidade dos dados do presente lançamento de ofício.

Assim, apurada diferença entre o valor de vendas através de cartão de débito/ crédito apurado pelo contribuinte e o valor informado pela empresa administradora do cartão de crédito, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas, conforme disposto no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, importando, neste processo, em presunção de veracidade dos dados do presente lançamento de ofício.

Assim, não elidida a presunção pelo autuado, está confirmada a imputação.

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Após ciência da Decisão da 1^a Instância deste Colegiado (fls. 392/393), a empresa apresenta Recurso Voluntário insurgindo contra a Decisão prolatada. Entende que deve ser ela reformada, pois existiu cerceamento do seu direito de defesa. Passa a analisar os pontos que disse justificar seu pedido de anulação do Acórdão em discussão.

1. Interpretação equivocada das determinações insertas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/06 – diz que a interpretação que expôs na sua inicial em relação ao referido parágrafo e artigo é que é a válida. Transcrevendo o teor da norma, afirma que o fisco estadual jamais poderia adotar as presunções legais previstas no dispositivo citado como fato gerador do ICMS, pois não existe tal previsão na Constituição Federal e na Lei Complementar específica do ICMS. Transcrevendo parte do voto prolatado no que diz respeito à perquirição da SEFAZ em conhecer junto às administradoras de cartões de crédito/débito as operações realizadas pelos seus contribuintes através desta modalidade de pagamento, afirma que decisões administrativas não podem ser consideradas como “jurisprudencial”, condição esta reservada ao Poder Judiciário. Afora que o art. 25 do RPAF/BA é taxativo ao afirmar que *a interpretação normativa da legislação tributária estadual será feita por meio de portarias do Secretário da Fazenda e de Pareceres normativos elaborados pela Procuradoria da Fazenda Estadual devidamente aprovados por aquela autoridade, sem prejuízo da orientação interna feita pelo Superintendente da Administração Tributária, através de instruções normativas*. Em resumo, entende que a legislação não especificou que os valores de venda se encontravam restritos aos valores de venda pagos através de cartão de crédito/débito, e sim, que se referia ao total das vendas mensais.

Continuando com sua argumentação, afirma que o julgador “aplica a legislação a partir da interpretação desta” e, no específico caso, o que a norma determina é a ocorrência de presunção legal de saída de mercadoria em operação tributada quando ocorrer *declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito*. Assim, bastava analisar as declarações econômicas apresentadas para apurar os valores de vendas declaradas e não interpretar de forma totalmente divergente a norma posta, ou seja, o que prevê o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/99 e art. 25 do RPAF/BA.

2. Inversão do ônus da prova – afirma ter conhecimento das planilhas constantes no CD a ele entregue, porém expressou seu entendimento de que se o autuante comparar operação por operação com os respectivos documentos fiscais, não mais poderá alegar a presunção legal de omissão de saída, pois estará modificando o método utilizado para o levantamento da omissão. Entende que a presunção alegada baseia-se em valores de vendas declaradas em confronto com valores informados pelas administradoras, significando dizer que tal confronto não pode ser através dos respectivos documentos emitidos. Afirma serem auditorias de natureza diversa, pois “analisar os documentos fiscais emitidos com as operações foge da presunção legal”, passando a infração a ter outra fundamentação legal, “talvez a omissão de saída por falta de emissão de documento fiscal” e não “omissão de saída por presunção legal”.

Diante do exposto, declara não admitir os documentos e os arquivos apresentados como válidos para informar as operações realizadas com cartão de crédito ou de débito, e não os aceitam para os efeitos legais. Diz que o confronto dos cupons fiscais com a relação apresentada pela Secretaria da Fazenda é matéria de auditoria de documento fiscal e deve ser realizada pela fiscalização. Assim, encontram-se no seu estabelecimento as Fitas-detalhes à disposição do fisco para realização de uma auditoria em documentos fiscais.

3. Solicitação de documento em posse da Fazenda Estadual

Entende que a Secretaria da Fazenda adota, corretamente, o consignados nas DME/DMA's com os valores declarados pelas admini fiscal adotou outra interpretação, ratificada pela JJF, ou seja, ven

Redução Z com valores informados pelas administradoras. Diz absurda tal divergência de procedimentos, que pode ser confirmado consultando o sistema “SECF” da Secretaria da Fazenda para as informações apresentadas pelas administradoras de cartões. Observa que o comparativo entre os valores declarados nas DMA apresentadas não apresenta a divergência encontrada pelo fiscal autuante. Assim, a prova seria constituída com a apresentação do relatório que a Secretaria da Fazenda possui. Caberia ao fiscal autuante ou qualquer outro diligente acostar aos autos o relatório solicitado, pois não pode emitir-lo. Solicita que os autos sejam encaminhados à Gerência de Automação Fiscal (GEAFI) para que seja anexado aos autos o relatório “RELATÓRIO DE VALORES X DIVERGÊNCIA” para as operações com TEF referente ao período lançado no Auto de Infração. E, caso assim não seja, restaria caracterizada as determinações do art. 142, do RPAF/BA, ou seja, a *recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*. Entende que houve cerceamento do seu direito de defesa em assim não proceder o julgador de 1º Grau.

4. Instrução Normativa nº 56 de 21 de setembro de 2007

Transcrevendo a Instrução Normativa nº 56/2007, diz que o julgador deveria ter observado a sua existência, o que feriu o ordenamento jurídico e maculou de vícios o processo em lide. Ademais, afirma, o Auto de Infração nem sequer poderia ser registrado na Repartição Fiscal, pois o fiscal autuante não atendeu aos itens 3 e 4 da referida Instrução Normativa.

Requer a nulidade do Acórdão JJF nº 0249-03/08 ou a Decisão pela procedência em parte para os valores como havia indicado.

Em Parecer (fls. 404/405), a PGE/Profis afirma que os argumentos pertinentes à forma de comparação entre os números informados pelas administradoras de cartão de crédito e os declarados pelo contribuinte não merecem acolhimento, uma vez que a regra lógica impõe que sejam comparados itens da mesma espécie, ou seja, vendas por cartões de crédito/débito x saídas por cartões de crédito/débito.

Em relação ao ônus da prova, o contribuinte reconhece que recebeu toda a documentação necessária, o que implicou, inclusive, na reabertura do prazo de defesa, o que comprova que a acusação se desincumbiu do seu dever de comprovar os elementos necessários à configuração da presunção. Por outro lado, o contribuinte não trouxe qualquer elemento para se contrapor aos documentos e números apresentados pelos autuantes.

E, mesmo que o recorrente não tenha apresentado qualquer prova, pelo fato do estabelecimento ser um mercadinho, entendeu que os autos deveriam ser encaminhados em diligência para que fossem apurados os percentuais de saídas tributadas e não tributadas.

Esta 2ª CJF aceita a sugestão da PGE/Profis e encaminha os autos em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 409/410).

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 031/2010 (fls. 412/415), fiscal estranho ao feito, após entrega pelo contribuinte de planilha contendo relação de operações com cartão de crédito/débito com notas fiscais de venda a consumidor, bem como, dos documentos fiscais que suportaram as saídas, levantou o índice de proporcionalidade das operações comerciais mensais. A partir dos índices encontrados elaborou demonstrativo tomando por base a planilha apresentada pelo autuante (fls. 10/36), encontrando novos valores de ICMS, ou seja, R\$9.661,95 para o exercício de 2006 e R\$1.247,20 para o exercício de 2007 (fls. 414/415).

Cientificado da diligência realizada, o recorrente manifesta-se (fls. 425/432) trazendo os mesmos argumentos apresentados anteriormente. Entende, ainda, nesta sua argumentação, que o autuante tomou como base a norma legal que começou a vigorar a partir de 2010 enquanto os fatos geradores ocorreram anteriormente. Apresenta quadro de ve informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, af

uma diferença a ser recolhida no valor de R\$397,54 no mês de setembro de 2006. Requer a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao Parecer ASTEC/CONSEF, afirma que os percentuais de proporcionalidade foram obtidos a partir da análise das Reduções Z do ECF. Entretanto, uma simples análise dos percentuais indicados nos meses de 2006 deixa claro que os produtos cadastrados no sistema do ECF apresentavam situações tributárias erradas. Disse que verificou percentuais no patamar de 100% de vendas tributadas, o que era inconcebível para o tipo de seu estabelecimento. E, considerando que apurava o imposto pelo regime do SimBahia, não prestava atenção para o correto cadastro da situação tributária da mercadoria. Afirmando de que os percentuais para o exercício de 2007 estavam “mais compatíveis”, resalta de que somente uma análise das fitas detalhes é que se consequiria se encontrar a situação tributária de todas as mercadorias.

Solicitando que sejam observadas as disposições contidas no § 1º do art. 18, do RPAF/BA se novos elementos ou informações sejam trazidos à lide, requer a Nulidade do Auto de Infração, considerando a falta de fundamentação legal para a sistemática utilizada no levantamento fiscal. Em caso de não aceitação desta nulidade, que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente no valor que havia indicado.

Requer a aplicação das disposições do art. 142, do RPAF/BA.

A PGE/PROFIS, em Parecer conclusivo (fl. 441 verso), reitera os termos do Parecer anterior e acompanha o Parecer ASTEC/CONSEF nº 031/2010. Opina pelo provimento parcial do Recurso interposto.

A ilustre Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, dentro de sua competência legal, acolhe, sem reservas, o Parecer exarado pela procuradora do Estado, Dra Maria Dulce Baleeiro Costa.

VOTO

A infração motivadora do Recurso Voluntário apresentado 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.

O recorrente, inicialmente, trouxe os mesmos argumentos expostos na sua inicial, porém os apresenta para solicitar a anulação da Decisão recorrida. Na sua última manifestação, já a apresenta como de nulidade ao Auto de Infração.

Em assim sendo, os analiso das duas formas.

A Lei Complementar nº 87/96, emanada da Constituição Federal, entrega a competência para instituir o ICMS aos Estados e Distrito Federal. Norteia tal competência com regras gerais que todos os Estados devem, por obrigação, seguir. Não desce a todos os detalhes que somente uma lei ordinária deve dispor. Em assim sendo, a Lei Estadual nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia dispunha, quando da ocorrência dos fatos geradores da presente ação fiscal, no seu art. 4º, § 4º que 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* (grifo), autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, *ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção* (grifo). Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de nota fiscal quando das vendas pelo contribuinte de mercadorias tributáveis. Em assim sendo, o argumento do recorrente de que a auditoria fiscal levada a efeito teia falta de emissão de documento fiscal, tal argumento não tem exatamente, a acusação. No caso, apenas por ser presunção admite

uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. E o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização e determinados em Regulamento, para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados. Portanto, se o recorrente “não admite” que os documentos e os arquivos apresentados são válidos para informar as operações de vendas mensais realizadas com cartão de crédito/débito, não os aceitando para efeitos legais, é opinião particular que diverge das determinações legais. Volto a frisar, no específico caso o ônus da prova cabe ao recorrente.

O recorrente entende que, como a disposição legal não menciona de que a declaração de venda pelo contribuinte é a declaração por cartão de crédito/débito. Desta forma, a interpretação a ser dada é que a norma legal se refere ao total de vendas mensais realizadas, precisamente, devem ser comparadas todas as vendas realizadas no mês com as informações mensais, fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Nesta discussão, diz que este foro administrativo não pode interpretar a lei e que a fiscalização, em resumo, extrapolou as determinações legais.

Em primeiro, este Colegiado não está interpretando a lei, e sim a aplicando. Em segundo, a fiscalização não extrapolou as determinações legais e, em terceiro, a interpretação dada pelo recorrente do texto legal é equivocada. Cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, dentre as inúmeras existentes e a norma legal a escolheu para apurar a presunção de omissões de saídas tributáveis sem recolhimento do imposto. E não poderia ser de outra forma. Não existe qualquer lógica em se realizar um confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito com **todas** as vendas mensais realizadas pelo contribuinte. Entendo, inclusive, que tal interpretação apresentada pelo recorrente fere de morte todo o raciocínio do legislador que não necessitaria, de maneira elementar, acrescentar ao texto legal quando diz “*declaração de vendas pelo contribuinte*”, a frase “**em cartão de crédito/débito**”. Ele já é auto-explicativo, não podendo ser de outra forma, pois as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito, somente são desta modalidade de pagamento. Assim, 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/débito.

Nesta esteira de argumentação é irrelevante se o total das vendas declaradas pelo contribuinte através de suas DME’s é superior às vendas informadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito. Inclusive, observo que elas devem ser maiores, pois nelas incluídas todas as formas de pagamento existentes em relação às vendas mensais realizadas. E, assim sendo, não tem pertinência a solicitação de diligência à Gerência de Automação Fiscal (GEAFI) para que seja anexado aos autos o relatório “RELATÓRIO DE VALORES X DIVERGÊNCIA” do sistema desta Secretaria de Fazenda, pois este relatório se refere às divergências encontradas nas DME’s que não guardam qualquer relação com a modalidade de pagamento de vendas através de cartão de crédito/débito. Em assim sendo, as determinações do art. 142, do RPAF/BA, aqui não podem ser arguidas como pretende o contribuinte, não havendo qualquer cerceamento de direito de defesa quando o julgador de 1º Grau não aceitou este pedido. E, acaso, pois, sem qualquer prova, se a Secretaria da Fazenda confronta os valores consignados nas DME/DMA’s com os valores declarados pelas administradoras é apenas para monitorar o controle de suas receitas e, existindo indícios de sonegação, buscar, na forma determinada na legislação tributária, a sua recuperação. Inclusive, a tela apresentada pelo impugnante quando de sua última manifestação e motivadora do pedido de diligência nada indica sobre esta afirmativa, sendo parte integrante de sistema de controle interno na Secretaria da Fazenda, necessitando de senha de funcionário para seu acesso. Tal fato, inclusive, causa estranheza, pois demonstra que o recorrente, não se sabe como, está tendo acesso a sistema desta Secretaria, que deve estar protegido por sigilo fiscal, na forma prevista na norma tributária.

Pelo exposto, todos os motivos apresentados não inquinam o Aut. deságua na anulação do Acórdão recorrido. Ao recorrente foram ei

que constituíram o lançamento fiscal, todos os prazos legais foram obedecidos, e ele se manifestou plenamente sobre a acusação a ele imputada. O julgador de 1º Graus analisou todos os argumentos apresentados e decidiu conforme determina a legislação tributária deste Estado. Não houve cerceamento ao direito de defesa nem tampouco, falta de fundamentação legal para a apuração do tributo em lide. Os fatos ocorreram e estão diretamente vinculados com a hipótese de incidência do ICMS, não havendo qualquer critério subjetivo na autuação.

O recorrente solicitou diligência para que fossem analisadas as fitas-detalhes do seu estabelecimento comercial em relação à natureza das mercadorias, e que as mesmas nele estavam guardadas. Indefiro este pedido com base no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/BA.

No mais, o autuante elaborou planilha (fl. 06 e 36) indicando em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito informado pelas administradoras (débito e cartão de crédito), os valores mensais das vendas extraídas da Redução Z e das notas fiscais emitidas. Apurando diferença a maior, calculou o imposto devido à alíquota de 17%, com a dedução do crédito de 8% dada à condição do recorrente que à época se encontrava enquadrado no SimBahia e como dispunha o art. 19, § 2º, da Lei nº 7.357/98. A empresa 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.

Entretanto, no seu Recurso, questionou a inclusão de vendas relativas às mercadorias isentas, sujeitas à substituição tributária e não tributadas, pois o imposto está sendo exigido com relação às vendas anteriores de mercadorias omitidas tributáveis normalmente. Afirmou que o Auto de Infração, diante deste fato, nem sequer poderia ser registrado na Repartição Fiscal, pois o fiscal autuante não atendeu aos itens 3 e 4 da Instrução Normativa nº 56 de 21 de setembro de 2007

Quanto ao registro do Auto de Infração, esquece o recorrente das determinações contidas nos 1º do art. 18, do RPAF/BA. Assim, argumento que não traz qualquer validade para a questão ora posta.

No mais, os autos foram convertidos em diligência e fiscal estranho ao feito, com base nos percentuais ofertados pelo próprio contribuinte (fls. 418/419) o calculou, resultando em diminuição do valor do ICMS exigido.

Quando se pronunciou a respeito da diligência realizada, o recorrente afirma que estes percentuais eram “inconcebíveis”, pois existiram meses em que não houve saídas de mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária ou mesmo isentas. Imputa a discrepância ao seu sistema ECF, ou seja, como estava enquadrado no SimBahia, não se preocupou em separar as mercadorias no ECF pelos seus enquadramentos legais. Assim, solicitou diligência para que o fisco analisasse todas as fitas detalhes do período.

Não se pode aceitar tais argumentos. Em primeiro, sendo enquadrado no SimBahia, é de fundamental importância que separasse o enquadramento das mercadorias diante da forma de apuração do imposto. Em segundo, não cabe ao fisco perquirir e consertar erros cometidos, acaso, pelo próprio contribuinte em seus registros fiscais. Em terceiro, o ônus da prova cabe ao contribuinte, que, em qualquer momento, comprovou o fato. E, em quarto, os percentuais da proporcionalidade que foram aplicados foram, exatamente, aqueles apresentados pelo recorrente. Se, porventura, o recorrente dispor de provas que os percentuais da proporcionalidade que apresentou ao fisco contêm erros, pode ele, e querendo, junto ao Controle da Legalidade solicitar uma revisão do lançamento fiscal.

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Vo
ICMS no valor de R\$14.393,37, sendo R\$11.914,32 relativo ao exercíci
ao exercício de 2007, conforme demonstrativo de débito apresenta

414 e 415 dos autos, tendo sido retificados os valores de R\$9.661,95 relativos ao exercício de 2006 (fl. 414), para R\$11.914,32 e de R\$1.247,20 referentes ao exercício de 2007 (fl. 415), para R\$2.479,05, de acordo com o § 3º, do art. 164, do RPAF/99, cujo débito total passa a ser de R\$14.393,37.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207104.0038/07-6, lavrado contra **MERCADINHO PARATIGI LTDA. (LARANJA & CIA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.393,37**, 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, 17 de novembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

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