

**A. I. N.º** - 079269.2916/07-1  
**AUTUADO** - TAPEI ARTIGOS DE PRESENTES LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ DA ROCHA FALCÃO  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 09.06.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACOÓRDÃO JJF Nº 0151-04/10

**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 feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartões de crédito e instituições financeiras, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, foi imputada ao sujeito passivo a omissão de saída de mercadorias tributadas 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 – exercício de 2006. Sendo lançado o valor de 16.965,70, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 70 a 77, dizendo que não houve a alegada infração aos dispositivos invocados pelo autuante, aduz que o dever jurídico de pagar um tributo nasce quando um acontecimento do mundo social realiza a hipótese figurada na norma jurídica que a descreve. Reproduz trechos da CF sem indicar o artigo correspondente para dizer que compete aos estados e ao distrito federal instituir o ICMS.

Discorre sobre os elementos pessoal, material, espacial e temporal arguindo que é impossível nascer o dever jurídico de pagar o imposto sem que esses elementos tenham se verificado. Diz que o art. 142 do CTN impõe à administração que assim o proceda. Aduz que presidem o procedimento administrativo os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Cita Alberto Xavier, arrimado em Buhler para arguir que a administração não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos.

Argumenta que a lei baiana autoriza a presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS, transcrevendo os seus termos, diz que as presunções admitem prova em contrário, citando Plácido e Silva, em vocabulário jurídico, argui que a “destruição dela não cabe a quem a tem em seu favor por determinação legal, mas àquela que não a quer ou não se conforma com a sua determinação.” Frisa que a Lei Complementar 87/96 é integrativa da norma constitucional, que o legislador ordinário não é soberano para utilizar presunção, porque o CTN e a CF estabelecem limites ao legislador ordinário.

Relaciona valores de janeiro a dezembro de 2006, para dizer que o seu faturamento mensal é sempre superior ao informado pelas administradoras. Enfatiza que nas vendas com cartão de crédito foram emitidas Notas Fiscais série única e série D - 1, nos meses e valores mencionados na relação de faturamento, e que estas foram pagas parte em cartão ser comprovado mediante exame das NFVC serie D-1 e NF serie ún

fls. 92 a 109 do PAF.

Alega que o autuante não considerou as vendas efetuadas mediante N.F.V.C. 30 (trinta) talões enumerados de 5601, 5751 a 6950, 7001 a 7250 e 09 (nove) talões NF MICROEMPRESA enumeradas de 0901 a 1350 e 1351 a 1359, pelo simples fato do autuado ter declarado na D.M.E./2006 - Vendas de Mercadorias ou Serviços na quantia inferior ao efetivamente vendido. Diz que caso fossem consideradas pelo autuante as vendas realizadas através das citadas notas, não haveria a omissão indicada na infração 01, especialmente porque o autuado não opera com emissor de cupom fiscal-ECF.

Conclui pedindo a realização de diligência a fim de que se confirme o que fora dito, e que sejam deferidos todos os meios de provas em direito admitidos, juntada posterior de documentos inclusive em contra prova, perícia com arbitramento e formulação de quesitos e revisão do procedimento fiscal com preposto diverso e que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, aduz que o autuado não apresentou, no momento da fiscalização, quaisquer comprovantes das vendas com pagamento em cartão, quer de crédito, quer de débito, ou o vínculo destas vendas a qualquer outro documento fiscal, nem anexou tais comprovantes ao PAF, para respaldar seus argumentos de defesa.

A 2ª JJF, às fls. 116 e 117, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de origem, para que o autuante tomasse as seguintes providências:

1. Fizesse a entrega ao autuado, com declaração expressa e assinatura, de cópias dos Relatórios de Informações TEF – Diários (fls. 9 a 62), assim como, dos demonstrativos que também fundamentaram a autuação (fls. 63 a 65).
2. Em seguida, intimasse o contribuinte a fornecer cópias das notas fiscais, série única e série D-1, acompanhadas de demonstrativo analítico correspondente, registrando valores e datas, coincidentes com aqueles relacionados às vendas pagas com cartões de crédito e de débito, consignados no referido Relatório Diário de Operações TEF e nas mesmas ordem e datas dos documentos juntados ao PAF, referentes ao exercício de 2006, objeto da autuação.
3. De posse do demonstrativo do item 2 e de cópias dos respectivos documentos fiscais que comprovem vendas pagas com cartões, fizesse o cotejamento dos seus montantes. Apurados valores de notas fiscais coincidentes com os dos Relatórios Diários TEF, elaborasse nova “planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito”, registrando mensalmente, na coluna “Vendas com Cartão Constantes (Redução Z) Notas Fiscais”. Em seguida, deduzi-los das “Vendas com Cartão Informadas pelas Administradoras”, em sua coluna própria, na referida planilha. Caso haja diferenças apuradas, registrá-las na coluna Diferença Encontrada, determinando a nova Base de Cálculo. No montante encontrado, aplicasse a alíquota interna e, sobre o resultado do ICMS apurado, compensasse o crédito presumido previsto de 8%, registrando-se mensalmente, na coluna “ICMS devido”, os novos valores apurados, resultantes da diligência fiscal.
4. Elaborasse novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, registrando os seus valores mensalmente, de janeiro a dezembro de 2006.

Constam nos autos protocolo fazendo referência a 10 talões de notas fiscais série única, 31 notas fiscais venda ao consumidor, à fl. 121; relação de faturamento, à fl. 122 e relatório diário indicando o número, a data, a série e o valor de notas fiscais, às fls. 123 a 155.

O autuante presta nova informação fiscal, à fl. 156, dizendo que de posse dos documentos e demonstrativos apresentados pela empresa, foram feitas as conferências devidas, tendo constatado a coincidência dos valores constantes das notas fiscais com os valores informados nos Relatórios Diários TEF e, em alguns casos, os valores das notas fiscais DI, superiores aos informados nos referidos relatórios, por isso julgou desnecessário a elaboração de um novo demonstrativo, por não ter constatado diferenças, senão, em alguns casos, para maior, 1

O processo foi convertido em diligência à ASTEC pela 2ª. Junta de

auditor fiscal diligente designado adotasse as seguintes providências:

1. Com base nos valores unitários lançados diariamente no Relatório Diário de Operações TEF, fls. 09 a 62, bem como, nos valores de cada nota fiscal constantes da relação fornecida pelo autuado e juntada aos autos, fls. 123 a 155, fizesse o cotejamento dos mencionados relatórios, identificasse nas notas fiscais correspondentes, valores e datas coincidentes com aqueles relacionados às vendas pagas com cartões de crédito e de débito, consignados no referido Relatório TEF, e nas mesmas ordem e datas dos citados documentos juntados ao PAF, referentes ao exercício de 2006.
2. Apurados valores de notas fiscais coincidentes com os dos Relatórios Diários TEF, elaborasse nova “planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito”(modelo fl. 65), registrando mensalmente, na coluna “Vendas com Cartão Constantes (Redução Z) Notas Fiscais”. Em seguida, deduzi-los das “Vendas com Cartão Informadas pelas Administradoras”, em sua coluna própria, na referida planilha. Caso houvesse diferenças apuradas, que fossem registradas na coluna Diferença Encontrada, determinando a nova Base de Cálculo. No montante encontrado, aplicasse a alíquota interna e, sobre o resultado do ICMS apurado, compensasse o crédito presumido previsto de 8%, registrando-se mensalmente, na coluna “ICMS devido”, os novos valores apurados, resultantes da diligência fiscal.
3. Elaborasse novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, registrando os seus valores mensalmente, de janeiro a dezembro de 2006.

A auditora fiscal diligente presta informação sobre resultado da diligência às fls. 162 e 162-A, aduz que em contato com o sócio da empresa, Senhor Hung Chia Lan, este declarou que deveria procurar a contadora da empresa para a realização dos trabalhos de diligência. Devidamente intimado, fl. 163, diz que o contribuinte solicitou prorrogação do prazo no que foi atendido. Informa que após 23 (vinte e três) dias da data da intimação, na cidade de Feira de Santana, em visita ao escritório de contabilidade da Senhora Maria Anilde Maia Carneiro, contadora do contribuinte, a empresa não cumpriu termos da intimação, limitando-se a lhe entregar os talões de notas fiscais de vendas, documento fl. 164, sem correlacionar os documentos fiscais com as operações diárias do Relatório TEF informadas pelas Administradoras.

Conclui dizendo que considerando que não se trata de uma nova fiscalização e sim de uma diligência para verificação de alegações defensivas do próprio contribuinte, é sua obrigação a produção das provas que possam elidir a acusação que lhe fora imputada, informa que o autuado não comprovou serem os documentos fiscais emitidos relativos a operações de vendas realizadas com cartões de crédito/débito.

O autuado foi intimado para ser cientificado do resultado da diligência e das cópias dos documentos diligência e parecer da ASTEC, da intimação recebida e relação de notas fiscais devolvidas ao autuado, bem como da concessão do prazo de 30 dias para se pronunciar, anexos às fls. 159 a 164 do PAF.

Apresenta manifestação à diligência, às fls. 179 a 183, reproduz os termos do pedido de diligência, argumenta que ao impugnar com provas incontestáveis da improcedência do lançamento estabeleceu o contraditório e no curso do processo, no seu entendimento, cabe a Fazenda comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Alega que não foi cumprida a diligência nos termos solicitados pelos membros dos CONSEF.

Salienta que o Processo Administrativo Fiscal busca a verdade material dos fatos e que põe à disposição do fisco os livros e documentos fiscais para o cumprimento da diligência, diz que após cumprimento restará comprovada a improcedência fazendo entrega ao autuado dos demonstrativos elaborados pelo fiscal revisor reabrindo o prazo para se manifestar.

Alega que não foi cumprida a diligência nos termos solicitados à acosta ao PAF cópia do resultado da diligência procedida.

Frisa que ao tomar ciência da diligência fiscal disponibilizou todos os livros e talonários correspondentes a emissão de documentos fiscais período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2006, consoante fotocópia processo SIPRO nº. 024739/2010-8, anexo, docs. 04 e 05.

Enfatiza que o processo administrativo ou qualquer ato da administração deve se curvar aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, atrelados ao princípio da legalidade, diz que a razoabilidade e a proporcionalidade constituem-se princípios basilares do ato administrativo, visto que um ato só é legítimo se for razoável, se for proporcional, em seguida discorre sobre os referidos princípios.

Aduz que “na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão no processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.”

Conclui ratificando as razões de defesa, protesta pelo deferimento de todos os meios de provas permitidos em direito, posterior juntada de documentos, ouvida de testemunhas, pela sustentação oral. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

## VOTO

Ficam de forma preliminar, rejeitadas as nulidades argüidas, uma vez que no PAF encontram-se identificados com clareza o sujeito ativo e o sujeito passivo, a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos ocorridos e com a norma aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive os esclarecimentos prestados pelo autuante em suas informações fiscais e nas diligências realizadas, atendendo pedido do sujeito passivo, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, inclusive apresentou manifestação sobre as referidas diligências. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

No mérito, o lançamento do crédito tributário traz a imputação de omissão de saída de mercadorias tributáveis, 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.

Neste sentido o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, considera ocorrido o fato gerador do imposto a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, atribuindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção.

Nos termos do artigo 824-B, *caput*, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do sujeito passivo, ou seja, usuário obrigatório de ECF. Saliento que o §7º do artigo 238, do referido Regulamento, determina que, deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

O contribuinte informou expressamente em sua defesa, que não opera com emissor de cupom fiscal - ECF, (fl. 75), mas que nas vendas com cartão de crédito foram emitidas notas fiscais série única e D – 1 (NFVC) e que estas foram pagas em parte em cartão. Afirmou que caso fossem consideradas pelo autuante as vendas realizadas através das citadas notas, não haveria a omissão indicada na infração 01.

Atendendo pedido do contribuinte, o processo foi convertido em d que o autuante e o diligente da ASTEC intimassem o sujeito passiv

fiscais, série única e série D – 1, acompanhadas de demonstrativo analítico correspondente, registrando valores e datas, coincidentes com aqueles relacionados às vendas pagas com cartões de crédito e de débito, consignados no referido Relatório Diário de Operações TEF em poder do contribuinte e nas mesmas ordens de datas dos documentos juntados ao PAF. Entretanto, intimado para comprovar suas alegações nas duas oportunidades concedidas, o sujeito passivo em nenhum momento comprovou que os valores consignados nos documentos fiscais mencionados, referem-se a vendas realizadas com pagamentos feitos com cartões de crédito/débito. Alegou em sua manifestação que cabe à Fazenda comprovar os fatos constitutivos do seu direito, fl. 181.

Cabe lembrar que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

Estamos, portanto, na infração sob análise, tratando de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei nº 7014/96, que preconiza: *“o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. O contribuinte não contestou os números apurados.

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. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **079269.2916/07-1**, lavrado contra **TAIPEI ARTIGOS DE PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.965,70**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

PAULO DA