

A. I. N° - 281105.0028/07-0
AUTUADO - A S SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 21.06.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0156-04/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade pretendida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/12/07 para exigir ICMS no valor de R\$62.622,95 acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas 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 (julho/06 a junho/07).

O autuado apresentou defesa (fls. 28 a 37), inicialmente discorre sobre a infração e contesta que em momento algum “os valores de vendas efetuados pelo contribuinte foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito” conforme pode se averiguar pelas Declaração de Apuração Mensal do ICMS (DMAs), nas quais as vendas totais superam as informadas pelas administradoras de cartão.

Alega que muitas vendas realizadas por meio de cartão, foram registradas no ECF como vendas à vista, sem qualquer prejuízo ao Estado, o que no seu entendimento caracteriza apenas descumprimento de obrigação acessória, que admite aplicação de penalidade cabível.

Argumenta que exerce atividade de supermercado e lanchonete, comercializa mercadorias com fase de tributação encerrada e isentas, “por volta de 65%”. Cita decisão contida no Acórdão JJF 0215-01/02, no qual após diligência realizada pela ASTEC/CONSEF foi refeito o levantamento fiscal considerando a proporcionalidade das mercadorias tributadas e não tributadas. Ressalta que o imposto foi exigido a título de presunção e admite prova em contrário (art. 2º, §3º do RICMS/BA). Admite que na situação presente a exigência fiscal deve ficar restrita a 35% da omissão apurada correspondente às saídas tributadas, Requer aplicação do critério de proporcionalidade.

Requer a nulidade da autuação, sob argumento de que houve falhas no modo de execução do levantamento fiscal que conduziu a falsas conclusões. Argumenta que a entrega dos demonstrativos/planilhas foi entregue em meio magnético, “sem a devida autenticação”, o que no seu entendimento constitui descumprimento do devido processo legal, exigindo dele a produção de provas contra ele próprio, caso a acusação fosse configurada.

Afirma que o autuante tendo apresentado somente as folhas do Re ficou impossibilitado de exercer o contraditório, limitando o exe

planilha apresentada em meio magnético, “não supre tal deficiência processual”, agravada pela falta de autenticação do arquivo fornecido.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração e se ultrapassada, que seja aplicado o critério de proporcionalidade entre operações tributáveis e não tributáveis. Requer diligência por parte do CONSEF para refazer os demonstrativos elaborados pela fiscalização. Informa que no momento da apresentação da defesa, “entrará com pedido de parcelamento do montante apurado conforme tabela de proporcionalidade, requerendo desde já, a homologação dos créditos recolhidos sem prejuízo da nulidade suscitada.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 40 a 42, inicialmente discorre sobre a infração e alegações defensivas, passando a contestá-las conforme expôs.

Afirma que o autuado equivoca-se quando declara que suas vendas nunca foram inferiores aos valores apresentados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, pois o roteiro desenvolvido de auditoria aplicado não busca comparar total de receitas com o total das operações fornecidas pelas administradoras e sim confrontar os valores das vendas em cartão constantes da Redução Z com os valores fornecidos pelas administradoras.

Diz que tendo comparado as vendas com cartões registradas no ECF e as informadas pelas empresas administradoras de cartão, caberia ao contribuinte demonstrar suas afirmativas com a apresentação de provas, o que não ocorreu com a defesa apresentada.

Salienta que intimou o contribuinte para apresentar demonstrativo das operações diárias de vendas por meio de cartão, não tendo o mesmo atendido, o que impediu de confirmar suas alegações, mesmo reconhecendo que a atividade de mercado apresenta diversidade tributária dos produtos comercializados, o que não impede a aplicação do procedimento fiscal.

Quanto ao porcentual apontado pelo autuado de 65% de produtos isentos e substituídos, sob o qual requer a aplicação da proporcionalidade, afirma que não foi apresentado qualquer documento para provar o alegado, mesmo após ter sido intimado para tal finalidade.

Com relação à nulidade pretendida, informa que no momento da ciência do Auto de Infração, entregou ao contribuinte arquivo magnético (CD) contendo demonstrativo das informações das administradoras de cartão de crédito/débito e planilha dos trabalhos desenvolvidos, tendo sido aberto na sua presença e não há do que se falar em cerceamento de defesa.

Entende que além de ter sido fornecido os instrumentos necessários à sua defesa, buscaram por meio de intimação fiscal receber demonstrativos e documentos fiscais aptos a conceder direitos reclamados. Esclarece também, que a mídia magnética foi autenticada, conforme documento à fl. 23, estando protegido contra violações.

Afirma que diante dos procedimentos fiscais adotados, não cabe discussões sobre nulidade da ação fiscal, e que não atendeu ao pedido da aplicação da proporcionalidade, em razão do não fornecimento dos documentos solicitados mediante intimação fiscal. Entende que não tem cabimento solicitar elaboração de demonstrativo pela ASTEC diante de tal procedimento.

Argumenta que a atitude é contraditória ao não admitir a existência de qualquer débito e ao mesmo tempo reconhecer parte do crédito tributário reclamado, bem como não juntou ao processo, tabela de proporcionalidade indicada na defesa. Requer a procedência da autuação.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 54) no sentido de intimar o autuado para apresentar demonstrativo de proporcionalidade de comercialização de mercadorias tributadas e isentas e tributadas antecipadamente, tendo em vista que o disquete juntado pelo recorrente à fl. 51 contém arquivo que não foi possível abri-lo.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado em 10/08/09 para apresentar o demonstrativo de proporcionalidade (fl. 56), ressaltando que a mídia juntada à fl. 44 apresenta defeito de leitura

O autuante prestou nova informação fiscal em 09/10/09 (fl. 57), informando que em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF intimou o autuado para apresentar o demonstrativo de proporcionalidade mas não foi atendido, motivo pelo qual não promoveu qualquer correção nos demonstrativos originais.

Em 24/10/09 a Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da diligência e da informação fiscal (fls. 54, 56 e 57), tendo concedido prazo de dez dias para se manifestar caso quisesse, fato que não ocorreu no prazo legal.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não há segurança nos dados contidos no Relatório TEF que lhe foi fornecido em meio magnético. Não acato a nulidade pretendida, tendo em vista que o documento juntado à fl. 23, comprova que o arquivo foi entregue ao contribuinte autenticado, conforme chave hexadecimal de 32 dígitos, o que assegura que os dados contidos no arquivo magnético não podem ser modificados.

Além do mais, o autuado na sua defesa apresentou contestação aos valores exigidos no Auto de Infração e indicou percentual de vendas tributadas, sob o qual reconheceu parte do débito, o que comprova ter acessado os dados apurados pela fiscalização.

Ressalto que o autuado requereu a realização de diligência para apurar o percentual de vendas de mercadorias tributadas, isentas e com fase encerrada, o que foi feito, entretanto tendo sido intimado não apresentou os demonstrativos necessários para comprovar suas alegações.

No mérito o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão de débito/crédito.

Na defesa apresentada o autuado alegou inexistência da infração apontada, sob alegação de que em nenhum momento, suas vendas foram inferiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Observo que conforme disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02 e efeitos a partir de 28/12/02, determina que:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar... 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.

Logo, conforme prescrito na Lei, a partir de 28/02/02, ocorre o fato gerador do ICMS a título de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Neste caso, não pode ser interpretado que deve ser comparada a receita total do estabelecimento com o valor informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito e sim comparado o valor total das vendas do período registrado como recebimento por meio de cartão de crédito e o valor total informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito.

Da mesma forma, tendo sido alegado que foram registradas por equívocos no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) vendas em dinheiro, que foram efetuadas com recebimento por meio de cartão, tendo recebido o relatório TEF diário por operações de forma individualizada, foi facultado ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, pelo confronto do cupom do ECF com o valor contido no mencionado relatório e mesmo intimado com essa finalidade pela fiscalização (fl. 43), não foi atendida. Portanto, é legal a exigência fiscal.

Com relação à aplicação do critério de proporcionalidade na apuração do imposto, conforme ressaltado na defesa, o CONSEF tem acolhido este procedimento situação presente, na defesa apresentada o autuado apontou um

isentas e com fase de tributação encerrada. Entretanto, afirmou que juntou Tabela com apuração deste percentual, mas não foi juntado qualquer documento. Por sua vez, o autuante ao proceder a informação fiscal, intimou o estabelecimento autuado em 09/04/08 para apresentar demonstrativo neste sentido, conforme documento à fl. 43, entretanto o autuado não atendeu a intimação.

Em seguida o CONSEF determinou a realização de diligência (fl. 54) para que o autuado apresentasse demonstrativo de proporcionalidade, o contribuinte foi intimado de acordo com o documento juntado à fl. 56, porém o mesmo não atendeu a intimação. O autuante prestou nova informação fiscal informando não ter reformulado os demonstrativos originais, haja vista que não foram apresentados demonstrativos por parte do autuado. Por sua vez o autuado tomou conhecimento do resultado da diligência e da informação fiscal (fls. 54, 56 e 57), mas não se manifestou no prazo legal concedido.

Por isso não acato o pedido de aplicação de proporcionalidade, visto que o próprio autuado não juntou demonstrativo para provar sua alegação e mesmo intimado pela fiscalização, não apresentou os documentos necessários para averiguar o percentual apontado na defesa ou apurar outro percentual.

Ressalto que conforme disposto nos artigos 141 a 143 do RPAF/BA, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas e ao recusar comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Assim sendo, não tendo apresentado os documentos fiscais que o autuado dispõe para comprovar sua alegação de que realizou vendas de mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada, deve ser mantida a infração na sua totalidade, visto que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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 **281105.0028/07-0**, lavrado contra **A S SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.622,95**, 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, 08 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR