

PROCESSO - A. I. N° 206825.0031/08-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DERIVAN DOS SANTOS ANDRADE (EVA SUPERMERCADO)
RECORRIDOS - DERIVAN DOS SANTOS ANDRADE (EVA SUPERMERCADO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0111-04/11
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0086-13/12

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente. Refeito o cálculo em relação ao período de janeiro a abril de 2004. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0111-04/11, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, em relação às infrações 1 e 3, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal, em relação às infrações 1 e 3, respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito no valor de R\$ 279.791,75, sob a acusação de:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo ao período fevereiro/2003 a dezembro/2004, pela qual se exige o ICMS de R\$234.140,13, acrescido da multa de 70%;
2. Multa de R\$20.423,31 por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, relativos aos exercícios de 2003 e 2004;
3. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS de R\$24.895,31, relativo a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente aos exercícios 2003 e 2004;

4. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$333,00, em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no Registro de Apuração do ICMS, relativo ao período julho de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 74.283,78, após rejeitar as preliminares de nulidade e salientar que o contribuinte reconheceu as infrações 2 e 4 ao efetuar o pagamento do débito das mesmas, restando prejudicada a defesa apresentada em relação a essas infrações. Assim, a lide se restringiu às infrações 1 e 3, conforme a seguir:

Em relação à primeira infração, foi ressaltado que o PAF foi convertido em diligência para que fosse entregue ao contribuinte o Relatório Diário TEF, tendo o autuante entregue apenas o Relatório relativo ao exercício de 2004, conforme fl. 189. Assim, a JJF entendeu que configurou cerceamento ao direito de ampla defesa e, com fundamento no art. 18, II, do RPAF, determinou a nulidade das ocorrências relativas ao exercício de 2003, tendo em vista que não foi fornecido ao autuado o relatório TEF Diário relativo ao período fevereiro a dezembro de 2003, recomendando novo procedimento fiscal a salvo de falha, conforme art. 21 do RPAF.

Quanto ao exercício de 2004, a JJF aduziu que o autuado produziu demonstrativo para indicar que as suas vendas totais foram superiores às vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito, por entender que a presunção exauriu-se com o confronto dos valores das vendas declaradas e os informados pelas administradoras de cartões, como também por não aceitar, como válido para informar as operações realizadas com cartão de crédito ou de débito, o Relatório TEF apresentado.

Em seguida, a JJF indeferiu o pedido de diligência, tendo em vista que a infração trata de omissão de saída com base em presunção respaldada em Relatório TEF fornecido pelas Administradoras de cartões em confronto com os valores contidos nas reduções “Z” de ECF do estabelecimento autuado e não há correlação com sistemas e controles internos da SEFAZ.

Quanto ao mérito da lide, foi salientado que a confrontação de valores para se apurar a omissão prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 se dá entre valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas cujo meio de pagamento foi cartão de crédito: valores autorizados ao contribuinte e informados pelas administradoras como prevê o art. 824-W do RICMS/97 x valores das vendas cujo meio de pagamento foi cartão de crédito/débito apurados da memória dos equipamentos emissores de cupom fiscal via registros na Redução Z em face da obrigatoriedade identificação prevista no §7º do art. 238 do RICMS/97, conforme entendimento reiterado deste CONSEF. Assim, não há espaço para a interpretação exposta pelo contribuinte neste caso, a não ser que todas as vendas tivessem como meio de pagamento cartões de crédito/débito.

Observa a JJF que o contribuinte exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade da infração e que seu argumento defensivo, além da falta de recebimento do Relatório TEF, se prende a dois aspectos: a) equivocada interpretação do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, por parte do autuante e; b) falta de aplicação da IN 56/07.

Quanto ao primeiro aspecto, diz que já analisou e não assiste razão ao contribuinte vez que a confrontação para apuração da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis se dá entre valores de uma mesma grandeza, ou seja, informações de diferentes fontes sobre vendas de mercadorias cujo meio de pagamento foi cartões de crédito/débito. Inerente ao segundo, a JJF constata sua superação pela diligência fiscal efetuada pela ASTEC, sobre a qual o impugnante expressamente diz que nada há que falar, haja vista ter sido apurada com base em documentos e livros fiscais do próprio autuado (fl. 1.026). Diz que este é o entendimento que se tem firmado no âmbito deste Conselho em diversas decisões, independentemente da nova redação do dispositivo conforme alegado pelo impugnante, a exemplo dos Acórdãos CJF 0023-11.11 e CJF 0003-11.11.

Quanto ao argumento de não admitir nem aceitar como verdadeiros os dados das operações com cartões informados ao fisco pelas Administradoras de cartões, embora seja essa uma relação jurídica compulsória, portanto, não dependente da vontade do autuado, também a JJF entende contraditório seu argumento de defesa, pois ao mesmo tempo em que nega aceitar os valores

informados pelas administradoras de cartões como verdadeiros os toma no demonstrativo do ICMS que elaborou e entende correto.

Para concluir no que diz respeito à infração 1, a JJF acolhe os números apurado pela diligência fiscal efetuada pela ASTEC (fl. 930), relativos ao exercício 2004, tendo em vista que além dos valores informados pelas administradoras e os apurados nas reduções Z corresponderem aos originalmente apurados na autuação e testes efetuados nos demonstrativos da proporcionalidade apresentados, o autuado, ao tomar conhecimento dos percentuais de mercadorias tributáveis apresentados pelo autuante na informação fiscal, os ratificou. Assim, considera a infração 1 subsistente no valor ajustado pela diligência da ASTEC.

Com relação à infração 3, salienta a JJF que a acusação em tela é de presunção de omissão de saídas, em razão do contribuinte ter deixado de registrar as entradas de mercadorias, situação que o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 autoriza inferir que o contribuinte pagou essas entradas com receitas de outras mercadorias cujas saídas não foram acobertadas com documentação fiscal.

Portanto, tratando-se o presente caso de exigência fiscal por presunção legal passível de prova de inocorrência por parte do sujeito passivo, prevalece, nesta infração, apenas o imposto exigido em relação às notas fiscais cujas cópias foram entregues ao contribuinte e que este não arguiu impertinência quanto à exigência fiscal, quais sejam (conforme relação de fls. 149, 150 e 151): do exercício de 2003: NFs 22219, 22218, 112717, 676478, 34885, 686055, 625932 e 625648, que somam R\$ 8.733,85 e resultam em ICMS devido de **R\$ 1.484,75**; do exercício de 2004: NFs 645083, 503228, 97716, 7984, 98754, 15927 e 19578, que somam R\$ 15.902,36 e resultam em ICMS devido de **R\$ 2.703,40**.

Diante do exposto, a Decisão da JJF foi pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 74.283,78, mantendo-se as infrações 2 e 4 e parcialmente subsistentes as infrações 1 e 3, homologando-se os valores já recolhidos, do que recorreu de ofício a uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 1.070 a 1.079 dos autos, o recorrente, em relação à infração 1, reitera a sua alegação defensiva da invalidade das provas, pois, em relação ao arquivos, por se tratar de documentos eletrônicos, a validade jurídica somente pode ser juridicamente aceita nas hipóteses previstas na Medida Provisória nº 2002-2/2001, que instituiu a Infra Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil.

Quanto aos documentos impressos apresentados com valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, alega o recorrente se tratarem de meros relatórios emitidos pelo sistema interno da SEFAZ para expressar as informações guardadas em seus bancos de dados e que para serem aceitos como documentos probantes, deveria ser observado o disposto no §2º do art. 824-W dorICMS, ou seja, deveriam ser apresentados pelas administradoras impressos em papel timbrado. Alega, ainda, existência de divergência entre os valores indicados nos documentos eletrônicos e os valores dos relatórios impressos para os meses de janeiro a abril de 2004. Assim sustenta que a infração deve ser declarada nula.

Em seguida, passa a aduzir cerceamento ao direito de defesa e presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, do que invoca o art. 142 do RPAF, pelo fato de o recorrente entender que a exibição do documento requerido serve de elemento probante de suas alegações, uma vez que a diligência solicitada pelo autuado foi no sentido de se buscar, por determinação do CONSEF, o resultado da solicitação formulada pelo autuado no Processo SIPRO 196752/2008-5 e que os resultados fossem trazidos ao PAF para conhecimento do autuado nos termos do art. 149-A do RPAF.

Afirma que, ao justificar a negativa de exibição do relatório com os argumentos de que a infração trata de omissão de saída com base e presunção respaldada em Relatório TEF fornecido pelas Administradoras de cartões, o julgador-relator cometeu um grande erro, pois o Relatório TEF apresentado pelo fisco não foi fornecido pelas administradoras de cartões, mas, sim, emitido pelo sistema INC – Informações do Contribuinte, da SEFAZ/BA, do que reitera que a legislação exige em papel timbrado da administradora. Assim, indaga por que outro relatório emitido por outro sistema interno da SEFAZ (Sistema de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal) não pode ser apresentado

pelo fisco diante das alegações do recorrente? Conclui asseverando que é porque o relatório faz prova a favor do recorrente, não havendo interesse do fisco em exibi-lo! Requer que seja aplicado o art. 142 do RPAF, em relação às alegações do autuado para os comparativos entre as vendas declaradas e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

Quanto ao mérito, o recorrente reproduz a redação atual do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, para concluir que todo levantamento realizado pelo autuante tomou por base as informações impressas para o meio de pagamento “cartão” e indicadas nas Reduções Z, as quais foram comparadas com os valores informados pelas administradoras de cartões, cuja sistemática é incompatível com a hipótese de presunção legal prevista na legislação fiscal vigente à época dos fatos. Entende o recorrente que o autuante deveria utilizar os valores das vendas declaradas para comparar com os valores informados pelas administradoras de cartões. Afirma que os valores das vendas declaradas superam os valores informados pelas administradoras de cartões, logo não há subjunção do fato à norma de presunção de omissão de saída de mercadoria, visto que os valores que devem ser comparados com os valores informados pelas administradoras para aplicação da presunção indicada no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com redação vigente até 30/03/2010, são os valores indicados na declaração de vendas pelo contribuinte.

No tocante à infração 3, o recorrente diz aceitar a Decisão quanto ao mérito, porém discorda dos valores julgados em relação aos dois exercícios. Entende que para o exercício de 2003, a nota fiscal nº 625932 deve ser excluída do levantamento por se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Já para o exercício de 2004, aduz que o julgador deixou de considerar o valor correto para as operações indicadas nos documentos fiscais de números: 15927, 19578, 98754 e 645083, conforme foi exposto na impugnação do lançamento.

Por fim, requer a juntada de relatório do Sistema ECF para a divergência de TEF, referente ao exercício de 2004, sob pena de aceite da alegação do autuado, como também a nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado com base em provas inválidas e, caso não acatada, requer a improcedência da infração 1 e a procedência parcial da infração 3 do lançamento de ofício.

Às fls. 1.088 e 1089 dos autos, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.^a Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que, da análise dos autos, vislumbra que as nulidades suscitadas não merecem acolhimento, visto que as informações prestadas ao Fisco pelas Administradoras de Cartões de Crédito foram participadas ao contribuinte que, com isso, teve preservado o seu direito de defesa. Entende que, se houve algum erro na informação prestada por tais Administradoras ou se os dados foram equivocadamente transcritos pelo Fisco, isso não é suficiente para que tudo seja desconsiderado, não havendo porque se pôr em dúvida a sua legitimidade. Registra, ainda, que tais informações estão disponíveis ao contribuinte, também, pela via direta com as Administradoras de Cartões, já que mantêm vínculo comercial, certamente havendo relatórios com base nos quais o repasse de dinheiro é feito, relativo às compras por elas intermediadas.

Salienta que a fiscalização se utilizou da previsão legal em vigor para os fatos geradores – art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542/02, que previa a presunção legal de omissão de saídas tributadas anteriores diante da constatação de divergências entre os valores declarados pelo contribuinte e os informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito.

Quanto à alegação de que os valores informados ao Fisco pela empresa em muito superam os valores informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito, diz ser fato que a comparação a ser feita é entre as quantias declaradas como sendo por venda por cartões de crédito, uma vez que não se pode admitir que a omissão prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 se refira a divergência entre os valores totais declarados pelo contribuinte e valores informados pelas Administradoras de Cartões.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, em relação às infrações 1 e 3, conforme previsto no

art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às mesmas infrações.

Inerente às razões do Recurso Voluntário interposto pelo *patrono* do autuado, inicialmente devo ressaltar a lisura e o comprometimento que os membros deste Conselho de Fazenda Estadual possuem ao cumprir suas tarefas diárias no exercício de julgamento dos processos administrativos fiscais. Assim, em relação ao seu pleito para a SEFAZ apresentar relatório interno do Sistema de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, vislumbro que o nobre *advogado* foi infeliz ao asseverar, à fl. 1.076 dos autos, que: “*É óbvio que o relatório não exibido faz prova a favor do corrente, não havendo interesse do fisco em exibi-lo.*”.

Conforme já dito, o compromisso e *interesse* dos membros deste tribunal administrativo são com a verdade material. O motivo de a Decisão primária ter indeferido o pedido de diligência para juntada de relatório contido no Sistema ECF da SEFAZ foi consignado pelo próprio órgão julgador, à fl. 1.057 dos autos, em razão do seguinte entendimento:

“Com fundamento no art. 147, I, “b”, do citado regulamento, indefiro o pedido formulado, tendo em vista que a infração trata de omissão de saída com base em presunção respaldada em Relatório TEF fornecido pelas Administradoras de cartões em confronto com os valores contidos nas reduções “Z” de ECF do estabelecimento autuado e não há correlação com sistemas e controles internos da SEFAZ.”.

Logo, inexiste cerceamento ao direito de defesa o fato de a JJF não ter atendido tal pleito, em razão da imprestabilidade da prova requerida e, muito menos, interesses escusos dos julgadores.

Quanto à pretensão recursal para juntada do aludido relatório do Sistema ECF, de forma que se possam utilizar todos os valores das vendas declaradas para comparar com os valores informados pelas administradoras de cartões, deixo de acolher pelos mesmos fundamentos emanados pela JJF, pois só se devem comparar valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas declaradas com modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito devem ser confrontadas com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não sendo lógico e nem pertinente a pretensão recursal de comparar todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, tiket, etc.) com modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito, salvo se todas as vendas fossem à modalidade exclusiva de pagamento em cartões de crédito/débito.

Inerente à alegação de invalidade das provas, em relação aos arquivos, por se tratar de documentos eletrônicos, como também quanto aos documentos impressos apresentados com valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito por não serem impressos em papel timbrado, há de se salientar que tais informações são válidas, pois foram prestadas ao Fisco pelas Administradoras de Cartões de Crédito, as quais foram participadas ao contribuinte, com entrega de cópia do Relatório Diário por Operações, relativo ao exercício de 2004, consoante documento à fl. 873 do PAF, de forma a ensejar amplas condições ao direito de defesa, tendo naquela oportunidade sido registrado que o autuado deveria demonstrar e comprovar a regularidade das operações indicadas no mencionado relatório, no prazo de 30 dias, não tendo o contribuinte logrado comprovar a improcedência da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Assim, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS de que, se houve algum erro na informação prestada por tais Administradoras ou se os dados foram equivocadamente transcritos pelo Fisco, isso não é suficiente para que tudo seja desconsiderado, não havendo porque se pôr em dúvida a sua legitimidade. Ademais, tais informações são disponíveis ao contribuinte, via Administradoras de Cartões, já que mantêm vínculo comercial e, certamente, há relatórios com base nos quais o repasse de dinheiro é feito, relativo às compras por elas intermediadas, o que torna desprezível sua alegação da invalidade de provas, inclusive sob a ótica de “*Infra Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil*”.

Ademais, foi efetuada diligência à ASTEC (Assessoria Técnica do CONSEF), com o objetivo de aplicar a proporcionalidade às saídas tributadas, prevista na Instrução Normativa nº 56/07, de cujo resultado foi cientificado o autuado, o qual não apresentou nenhum fato novo.

Logo, a infração 1 está fundamentada em prova válida, razão de rejeitar o pedido de nulidade do Auto de Infração, o qual preenche todas as formalidades legais.

Em relação à alegação de existência de divergência entre os números indicados nos documentos eletrônicos e os constantes dos relatórios impressos, nos meses de janeiro a abril de 2004, nos valores respectivos de: R\$ 16,60; R\$ 50,73; 44,00 e R\$ 50,92, conforme razões às fls. 1.072, saliento que, apesar de se observar serem ínfimas as quantias em relação ao total informado no exercício de 2004 (R\$ 670.929,04 - fl. 40), por ser mais benéfico ao autuado, deve-se considerar o menor valor informado pela administradora de cartões nos referidos meses. Assim, nos citados meses deve-se aplicar sobre tais importâncias o respectivo percentual proporcional às saídas tributáveis (fl. 930), correspondente a 47,47%; 45,18%; 45,18% e 42,92%, para em seguida aplicar a alíquota de 17%, apurando-se o ICMS a deduzir dos valores objeto deste Recurso Voluntário, inerente à primeira infração (fl. 1.060), o que resulta nas quantias remanescentes de R\$ 4.856,95; R\$ 2.463,25; R\$ 2.489,70 e R\$ 4.712,02, nos respectivos meses, ou seja, uma redução no total da primeira infração de R\$ 12,34, cujo do ICMS de R\$ 49.339,32, objeto da Decisão recorrida, passa a ser de R\$ 49.326,98, conforme a seguir explicitado.

Mês/ Ano	Diferenças (fl. 1072)	% Saídas Trib. (fl. 930)	B. Cálculo Tribuatada	ICMS a Excluir	ICMS Decisão Recorrída (fl 1060)	ICMS Remanescente
jan-04	16,60	47,47%	7,88	1,34	4.858,29	4.856,95
fev-04	50,73	45,18%	22,92	3,90	2.467,15	2.463,25
mar-04	44,00	45,18%	19,88	3,38	2.493,08	2.489,70
abr-04	50,92	42,92%	21,85	3,72	4.715,74	4.712,02

No tocante à alegação de que a sistemática para apuração do imposto é incompatível com a hipótese de presunção legal prevista na legislação fiscal vigente à época dos fatos, também não há como prosperar, pois, como já abordado na Decisão recorrida, no opinativo da PGE/PROFIS e nas análises preliminares, a comparação a ser feita é entre as quantias declaradas como sendo por venda por cartões de crédito, uma vez que não se pode admitir que a omissão prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 se refira a divergência entre os valores totais declarados pelo contribuinte e valores informados pelas Administradoras de Cartões, pois só se devem comparar valores de uma mesma grandeza.

Segundo o recorrente, todo levantamento realizado pelo autuante tomou por base as informações impressas para o meio de pagamento “cartão” e indicadas nas Reduções Z, cujos valores foram comparados com os informados pelas administradoras de cartões, do que defende que a legislação, até 30/03/2010, determinava o cotejamento com o total das vendas declaradas pelo contribuinte. Registra que a redação da hipótese do atual caput do inciso VI e das alíneas “a” e “b” representa a antiga hipótese e que a redação do inciso VII traz nova hipótese de presunção legal, cuja vigência é a partir de 31/03/2010.

Contudo, vislumbro que o desmembramento da presunção legal de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, nos termos da redação atual, visa incluir as prestações sujeitas ao ICMS, cuja previsão anterior não as incluía, como também a normatizar o entendimento do CONSEF, em inúmeros julgados, no sentido de aceitar o documento fiscal, mesmo nele não consignado a modalidade de pagamento em cartão de crédito, cujo valor e data havia identificação com os dados informados pela administradora de cartão de crédito/débito, aceitando tal valor como oferecido à tributação. Assim, o contribuinte poderia elidir a presunção legal tanto comprovando através da memória fiscal (Redução Z) os valores de vendas recebidos e registrados sob a modalidade de pagamento em cartão, como também através dos documentos fiscais, devidamente oferecidos à tributação, cujos valores e datas de operação havia identificação com os mesmos dados informados pelas administradoras de cartão, mesmo não constando a modalidade de pagamento em cartão de crédito/débito.

Porém, tal concessão jurisprudencial, por razões óbvias e lógicas, não leva ao recorrente a concluir que a norma anterior previa o cotejamento do total das vendas com o segmento das receitas de vendas recebidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, pois, conforme já dito, só se pode comparar coisa iguais, valores de uma mesma grandeza.

Diante de tais considerações, concluo pela redução da infração 1, de R\$ 49.339,32 para R\$ 49.326,98, objeto da Decisão *sub judice*, em razão das modificações nos meses de janeiro a abril de 2004.

No tocante à infração 3, o patrono do recorrente diz que, apesar de aceitar a Decisão quanto ao mérito, discorda dos valores julgados em relação aos dois exercícios, uma vez que, para o exercício de 2003, a nota fiscal nº 625932 deve ser excluída do levantamento por se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e, para o exercício de 2004, que o julgador deixou de considerar o valor correto para as operações indicadas nos documentos fiscais de números: 15927, 19578, 98754 e 645083, conforme foi exposto na impugnação do lançamento.

Contudo, da análise das razões recursais, mais uma vez, não cabe razão ao apelante, uma vez que, em relação à alegação de que a nota fiscal contém mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, tal argumento é simplório e primário, haja vista que, por se constatar entrada de mercadoria não contabilizada, a presunção legal é de que tal mercadoria foi adquirida com receitas de saídas de operações tributadas, anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Logo, a natureza tributária das mercadorias objeto de aquisição não é relevante para a presunção de omissão de saídas, mas, sim, a existência de um desembolso financeiro, não contabilizado, cuja receita serviu de suporte para a aquisição da mercadoria não registrada.

No que diz respeito à alegação de que não foi considerado o valor correto para as operações indicadas nos documentos fiscais de números: 15927, 19578, 98754 e 645083, mais uma vez engana-se o patrono do recorrente, pois os valores foram corretamente apropriados na Decisão recorrida, como demonstrado à fl. 1.079 dos autos, pelo próprio apelante, conforme comprovam as próprias notas fiscais, às fls. 51, 55, 59 e 60 dos autos.

Assim, com exceção dos ínfimos valores reformados na infração 1, as razões recursais apresentadas são insuficientes para modificar a Decisão recorrida.

Por fim, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 74.271,44, após redução da infração 1 de R\$ 49.339,32 para R\$ 49.326,98, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206825.0031/08-6, lavrado contra DERIVAN DOS SANTOS ANDRADE (EVA SUPERMERCADO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$53.848,13, acrescido das multas de 70% sobre R\$53.515,13 e 60% sobre R\$333,00, previstas no art. 42, incisos III e II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$20.423,31, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da cita Lei, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS