

PROCESSO - A. I. N° 281424.0008/10-5
RECORRENTE - FAST SHOP COMERCIAL S.A. (FAST SHOP S/A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0116-02/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0160-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Presunção legal não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões do recurso. Falta de competência para apreciar a constitucionalidade de lei conforme o art. 161, I do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2010 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$72.156,83, em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações.

Em resposta, o contribuinte apresentou defesa tempestiva às fls. 171 a 190, reconhecendo o débito da infração 1, mas contestando a infração 2, a seguir transcrita:

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$71.853,96, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, conforme Anexo 2, fls.78 a 133.

Após as razões de Defesa, houve informação fiscal pelos autuantes às fls. 226 a 237, ratificando o entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, in verbis:

“VOTO”

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/997, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelos autuantes às fls.74 a 133.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada na defesa, no sentido de incerteza dos levantamentos realizados pela fiscalização no item 02 da autuação, a pretexto de incorreção dos critérios do levantamento e aplicação de presunção sem base legal para a apuração da base de cálculo, verifico que esta alegação se confunde com o mérito da autuação. Se correta ou não a exigência, isto será motivo de apreciação quando do mérito.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, na análise das peças processuais, verifico que em relação ao item 01, referente a falta de pagamento do ICMS é decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens do ativo fixo, o autuado reconheceu o débito no valor de R\$302,87, inclusive comprovou a recolhimento conforme comprovam os documentos extraídos Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, às fls. 247 a 248.

Quanto ao item 02, o débito lançado diz respeito a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito, conforme demonstrativos e documentos às fls. 106 a 109.

Consta que o autuado recebeu cópias dos demonstrativos, intimações, documentos e planilhas que fundamentam este item da autuação, inclusive um CD contendo os levantamentos fiscais e os Relatórios TEF Diários fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, e não apontou erros nos números consignados no levantamento fiscal, porém, impugnou o lançamento tributário com base nas seguintes alegações: incorreção dos critérios do levantamento e aplicação de presunção sem base legal para a apuração da base de cálculo.

Quanto a primeira alegação, verifico nos autos que o autuado teve todas as oportunidades de exercer com plenitude o seu direito de defesa, visto que as planilhas fiscais são autoexplicativas, ou seja, o débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha intitulada de “DEMONSTRATIVO – VALOR DE VENDAS INFORMADO PELO TEF MAIOR QUE OS VALORES DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE – PERÍODO JAN A DEZ/2009 (docs.fl.106 a 109), na qual, o ICMS a recolher lançado no Auto de Infração foi calculado tomando por base o valor constantes nos TEF informados pelas administradoras e deduzido as vendas líquidas declarada pelo contribuinte (vendas totais menos garantia e seguro e serviços de instalação), obtendo os valores do TEF maior que as vendas, e sobre este valor foi aplicada a proporcionalidade das operações tributadas, encontrando a base de cálculo utilizada para o cálculo do imposto devido à alíquota de 17%.

Além disso, de acordo com os esclarecimentos constantes na inicial a conclusão fiscal é originária de denúncias de consumidores finais de que nas vendas com cartão de crédito a nota fiscal é emitida contemplando apenas o valor do “produto”, sem considerar o valor correspondente aos encargos financeiros e, consequentemente, sem levar à tributação tais encargos.

Por outro lado, verifico que o autuado não carreou ao processo qualquer elemento de prova de suas alegações de que no levantamento fiscal os valores indicados pela empresa não são os mesmos entre as duas planilhas em que consta o mesmo dado, pois não foram considerados elementos relacionados à atividade do estabelecimento.

O autuado não comprovou quais operações foram consideradas no levantamento fiscal na situação em que a mercadoria é adquirida em loja para entrega futura, no domicílio do cliente, é emitida uma nota de simples faturamento quando do pagamento, e outra emitida para acompanhar a mercadoria; os alegados casos em que a venda ocorre em um estabelecimento e a mercadoria é entregue em outro estabelecimento.

Também não comprovou sua alegação de que diferença entre o total anual do faturamento em cartão de crédito/débito e o total anual de valor de notas fiscais emitidas com pagamento em cartão de crédito/débito é inferior ao valor da base toma na autuação. A fiscalização, por sua, em sua planilha de apuração do débito tomou por base as vendas totais declaradas pela empresa e deduziu os montantes relativos à venda de garantia e instalação, para apurar o débito lançado.

Quanto a alegação de aplicação de presunção sem base legal para a apuração da base de cálculo, não assiste razão ao defendente, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê in verbis: “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, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

No presente caso, conforme dito acima, consta que o autuado recebeu cópias dos demonstrativos, intimações, documentos e planilhas que fundamentam este item da autuação, inclusive um CD contendo os levantamentos fiscais e os Relatórios TEF Diários fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, pode exercer a ampla defesa, porém não apontou erros nos números consignados no levantamento fiscal.

No tocante a insurgência do autuado quanto ao percentual de 84,30% utilizado para aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, considerando que o estabelecimento comercializa com mercadorias tributáveis, isentas e com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária, foi correto o procedimento da fiscalização na apuração do percentual de 84,30% de operações tributáveis, conforme demonstrado às fl.98 a 105.

Resta agora examinar a questão relacionada com a conclusão de que as diferenças apuradas pela fiscalização se decorrentes de encargos financeiros não considerados na base de cálculo para fins de tributação do ICMS, o pedido de exclusão da correção monetária contida nos encargos financeiros e a taxa cobrada pelas instituições administradoras de cartões de crédito.

Sobre esta questão, verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplos dos Acórdãos JJF Nº 0284-02/09, 0319-02/09 e 0042-02/10, desta Junta de Julgamento Fiscal, cujos autos de infração tratam da mesma matéria, sujeito passivo, embora de autuantes diferentes, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e os votos proferidos nos citados Acórdãos, (Decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, in verbis:

“O autuado não consegue demonstrar que os encargos financeiros desta operação constituem receitas financeiras da instituição bancária, afastando da inclusão na base de cálculo do ICMS. Assim, considero que as diferenças apuradas pela autuante resultaram, efetivamente, da omissão da base de cálculo de valores tributáveis pelo ICMS.

Quanto às notas fiscais com condição de pagamento múltipla, apesar da planilha apresentada identificando as notas e valores, os documentos apresentados não conseguem comprovar o alegado, conforme exemplo citado pela autuante, em que o autuado apresenta a NF nº 738 e os comprovantes das NF 588 e 13196, ou seja, afirma uma coisa e traz prova incompatível com as afirmações.

A invasão de competência arguida pelo autuado, através da qual o Estado estaria tributando operação financeira, não se verifica, pois não está caracterizada, em nenhum momento os tais “encargos financeiros” referem-se efetivamente a uma operação financeira que não poderia representar a quantificação compreendida na “operação mercantil”, ou seja, não poderia integrar a base de cálculo do ICMS, conforme a citada Súmula 237 do STJ. Não há o que se falar em nulidade ou mesmo em improcedência por tais razões.

Assim, ficou provado que os valores dos documentos fiscais, relacionados nessa infração, emitidos pela empresa, resultantes de vendas através de cartões de créditos/débito, são menores do que os respectivos pagamentos através dos Cartões, tendo em vista as informações fornecidas pela Administradoras desses cartões, no período de julho a dezembro/2007. Não ficou comprovado se tratarem, tais diferenças, de despesas financeiras, visto que não foram debitadas à instituição financeira, ou mesmo ficou demonstrado se tratarem de serviços de competência municipal, bem como não se verificou as múltiplas formas de pagamentos, cabendo a exigência do imposto resultante das aludidas diferenças ou se tais formas de pagamento justificassem as diferenças apuradas. Infração subsistente.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “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” (grifo nosso).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Dianete do exposto, concluo pela subsistente a infração 06, na medida em que o autuado não trouxe aos autos os elementos que se opusessem a presunção ora em questão.”

Além do mais, a questão relacionada com a inclusão dos acréscimos financeiros decorrentes das vendas realizadas pelo autuado e financiadas por agentes financeiros ou por operadoras de cartão de crédito, já foram objeto de consulta formulada pelo próprio autuado à DITRI da Secretaria da Fazenda, conforme Parecer nº 12443520074 (docs.flx.240 a 241), cuja resposta à indagação do contribuinte foi no sentido de que se os juros integram o preço da mercadoria pactuado entre a empresa e o comprador, ainda que o pagamento se dê através de parcelamento, via cartão de crédito, ocorre a incidência do ICMS sobre o valor agregado, conforme previsão contida no artigo 54, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97.

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a incidência dos encargos financeiros na base de cálculo para fins de tributação do ICMS, é pacífica, conforme extratos de decisões juntadas ao processo pelo autuante às fls.242 a 245.

Do que se conclui que efetivamente o montante acrescido, a título de acréscimos financeiros, compõe a base de cálculo para fins de cálculo do ICMS.

Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo a exigência fiscal.

No que tange aos aspectos constitucionais abordados, a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Apreciando a alegação defensiva de confiscação de multas, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 298 a 312, objetivando a revisão do julgamento. Em sua peça recursal, repisa todos os argumentos já apresentados em defesa, sem anexar documentos fiscais ou demonstrativos.

Arguiu a nulidade da autuação com base nas seguintes preliminares de mérito.

1. Incorreção dos critérios do levantamento - alega que ficou prejudicado de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois ficou impossibilitado de verificar a origem das diferenças apontadas nas planilhas fiscais, tendo em vista que:
 - a) O levantamento fiscal partiu da premissa que algumas vendas seriam faturadas separando o valor da nota em valor do produto e encargos que são cobrados nas operações a prazo.
 - b) Os valores indicados pela empresa não são os mesmos entre as duas planilhas em que consta o mesmo dado, pois não foram considerados elementos relacionados à atividade do estabelecimento.
 - c) Na situação em que a mercadoria é adquirida em loja para entrega futura, no domicílio do cliente, é emitida uma nota de simples faturamento quando do pagamento, e outra emitida para acompanhar a mercadoria, obviamente em dias diferentes, e não ficou claro no levantamento qual nota foi considerada.

- d) Existe vício no levantamento concernente ao caso em que a venda ocorre em um estabelecimento e a mercadoria é entregue em outro estabelecimento.
- e) Foram indicadas operações como feitas em cartão de débito ou à vista, que foram lançadas no valor da nota fiscal.
- f) A diferença entre o total anual do faturamento em cartão de crédito/débito e o total anual de valor de notas fiscais emitidas com pagamento em cartão de crédito/débito é inferior ao valor da base tomada na autuação. Diz que, se subtraídos os montantes relativos à venda de garantia e instalação, o valor da base de cálculo apurado no levantamento fiscal é menor do que o indicado.
2. Aplicação de presunção sem base legal para a apuração da base de cálculo – diz que as supostas diferenças apuradas pela fiscalização teriam origem na cobrança de encargos financeiros que são cobrados do consumidor quando de uma venda a prazo por meio de cartão de crédito/débito. Não concordou com a conclusão fiscal, dizendo que nem todas as vendas da empresa são financiadas, e a fiscalização tomou a diferença global dos encargos mediante a subtração do valor pago às operadoras de cartão de crédito e aquele tributado pela empresa, descontando serviços de instalação e seguros vendidos, e a multiplicou por 84%, que representa o valor das mercadorias adquiridas tributadas normalmente. Assim, considerou esta conclusão como uma presunção que não espelha com precisão o real fato gerador, e, portanto, sem amparo legal. Além disso, diz que não foram mencionados os dispositivos que permitem o procedimento adotado pela fiscalização. Conclui sua arguição de nulidade, por imprecisão no levantamento fiscal e incerteza quanto à base de cálculo.

No mérito, discordou da conclusão fiscal, alegando que, ainda que o consumidor pague o valor integral da nota fiscal para as operadoras de cartão de crédito, o mesmo não é repassado para a empresa. Inclusive, que as operadoras repassam para a empresa o valor das vendas deduzido da taxa de intermediação financeira que varia de 2 a 2,7%. Com essa alegação, argumenta que 25% do encargo financeiro cobrado ao cliente se refere à referida taxa de intermediação. Aduz que o valor do encargo financeiro realmente deve constar na nota fiscal, porém o mesmo não é repassado pela administradora de cartão, sendo, por isso, considerado indevidamente pela fiscalização, no cômputo da base de cálculo. Noutras palavras, que deve ser abatido do valor referente às taxas de administração do montante geral imputado como base de cálculo da autuação, cujos valores diz que posteriormente apresentará os respectivos contratos com as prestadoras de serviço.

Prosseguindo, argui a não-incidência do ICMS sobre os encargos financeiros sobre o preço da mercadoria nas vendas a prazo, por entender que o preço da mercadoria praticado na sua saída não pode ser confundido com receitas financeiras.

Frisa que os encargos financeiros objeto da autuação são os juros de financiamentos cobrados pela empresa nas vendas parceladas, não constituindo preço do produto, e, portanto, não integra a base de cálculo do ICMS. Comenta sobre a sistemática de vendas a prazo para as quais é adicionado o acréscimo financeiro. Cita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao julgar processo que versa sobre encargos financeiros, cuja conclusão, com base na Súmula nº 237, foi no sentido de que os encargos relativos ao financiamento do preço não integram a base de cálculo do ICMS.

Além disso, salienta que, caso seja mantida a autuação, é necessário o desconto dos coeficientes de aplicação de correção monetária dos encargos financeiros tributados da base de cálculo adotada pela fiscalização. Fez uma demonstração da forma como entende deve ser feita para a adoção do quanto alegado.

Sobre esta questão, diz que o Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento firmado no sentido da exclusão dos acréscimos financeiros das vendas a prazo da base de cálculo do ICMS.

Desta forma, dizendo que a correção monetária já se encontrava contida nos encargos financeiros objeto da autuação, conclui que deve ser subtraído o montante correspondente à correção monetária, para não caracterizar bis in idem.

Quanto à multa aplicada de 70%, considerou que supera 2/3 do valor do ICMS cobrado, deixando claro o seu caráter abusivo, confiscatório e prejudicial às atividades comerciais do estabelecimento. Tece comentário sobre a finalidade das multas tributárias como sanção administrativa, na lição de renomada jurista. Assim, entende que a multa deve ser reduzida, não podendo ultrapassar a metade do valor do imposto exigido na autuação.

Por fim, requer o cancelamento do Auto de Infração em razão das nulidades arguidas, em especial em razão da incidência de ICMS sobre encargos financeiros, a exclusão da base de cálculo do imposto, a correção monetária contida nos encargos financeiros e a taxa cobrada pelas instituições administradoras de cartões de crédito e a redução da multa aplicada para o percentual que não extrapole 50% do valor do tributo.

Após, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para exame. Ao exarar o Parecer de fls. 352 e 354, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, faz uma breve síntese do Auto de Infração e da irresignação tracejada no Recurso Voluntário.

Quanto às alegações preliminares, afirma que o Auto de Infração reúne todos os elementos para a validade, estando a infração 2, devidamente tipificada e lastreada em documentos apresentados pelo Fisco. Diz que a presunção aplicada está prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

No mérito, rechaça a afirmação do recorrente de que os valores dos encargos financeiros não são repassados à empresa, uma vez que as próprias administradoras de cartão de crédito “*informaram ao Fisco os valores que são lançados a favor do contribuinte, não se referindo os cupons aos encargos cobrados pela Instituição financeira ao cliente, mas sim os valores já acrescidos dos juros cobrados pela própria empresa comercial*”.

Contra outro argumento do recorrente, alega que a inclusão ou não dos juros na base de cálculo do ICMS é matéria tratada com clareza pela legislação, bem como sedimentada pela jurisprudência. Cita e transcreve os artigos 13, §1º da LC 87/96 e 17 da Lei Estadual nº 7.014/96, bem como o REsp 844409/PR e AgRg no Ag 1045754/SC do STJ para embasar sua tese.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto o pedido de nulidade ou improcedência da infração 2 do Auto de Infração em epígrafe.

Entendo que reparo algum merecer o *decisum* de Primeira Instância, que está muito bem fundamentada.

Incialmente, afasto os pedidos de nulidade do Auto de Infração, pois, o mesmo fora elaborado conforme as regras pertinentes, não sendo cometido de nenhum vício que o inquine de nulidade, elencadas nos arts. 18 e 39 do RPAF/BA. A infração é clara e precisa naquilo que se apurou, tem o seu enquadramento legal apontado corretamente e não possui nenhuma mácula, seja em relação à base de cálculo, seja em relação à determinação do sujeito passivo e da infração cometida. Também conluso que houve por parte do Contribuinte a possibilidade do pleno exercício do direito de defesa, que recebeu todos os documentos e demonstrativos que instruíram o Auto de Infração, segundo intimação e recibo de entrega de arquivos eletrônicos de fls. 48 e 49 do presente PAF.

Como bem manifestado na Decisão de primo grau, em referência à alegação preliminar no sentido de incerteza dos levantamentos realizados pelo Fisco na infração 2, tenho por certo que tal questão é pertinente ao mérito da autuação, pois, diante da argumentação trazida pelo próprio contribuinte, o que se ataca, de forma genérica, não é uma arguição de erro na metodologia legal

para se fazer o lançamento, fato que geraria nulidade por incerteza da base de cálculo, mas sim, um erro quanto ao cálculo matemático do lançamento, o que pode levar à improcedência total ou parcial da infração, mediante comprovação.

Em relação à alegação de presunção da base de cálculo, filio-me ao entendimento da PGE/PROFIS, ao entender que tal procedimento está amparado em base legal, art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, afastando a pretensa nulidade do Auto de Infração, conforme abaixo sevê:

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

(...)

"§ 4º 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, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção." (grifos nossos)

Logo, o confronto dos valores das operações de vendas de mercadorias realizadas por meio de cartão de crédito ou débito com os valores fornecidos pelas instituições financeiras ou administradoras destes cartões, viabiliza a presunção de que há um descompasso entre o que é informado pelo contribuinte ao Fisco, por meio de documentos fiscais, e o valor real das operações de venda, causa de enorme prejuízo ao erário, sendo passível de lançamento fiscal, com este aqui debatido.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, quadra consignar que este órgão não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Já no que tange ao mérito, além do que já foi dito no acórdão guerreado, vejo que não foram trazidos aos autos, em sede de Recurso, quaisquer elementos de prova por parte do contribuinte que apontassem e rebatessem de forma objetiva os demonstrativos fiscais que embasaram a autuação. Somente dizer que houve quebra, retorno de mercadoria ou que a nota fiscal fora emitida em outra data, sem que haja uma indicação clara e matemática do ocorrido, não é capaz de elidir a presunção de veracidade do lançamento fiscal, conforme o art. 143 do RPAF, que transcrevo:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Pelo mesmo motivo, não pode ser acatada a alegação de que não existem diferenças entre seu faturamento declarado e o relatório das operadoras de cartão de crédito ou débito quando apurado de forma anual.

No tocante ao percentual de 84,30%, encontrado quanto à proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 (fl. 105), comungo com o entendimento externado pelo julgador de Primeira Instância no sentido de que foi correto o procedimento realizado pela fiscalização para apuração desse percentual, pois fora baseado em dados fornecidos pelo próprio contribuinte.

Por fim, em relação à alegação da não-incidência dos encargos financeiros sobre o preço da mercadoria nas vendas a prazo, além de estar previsto tanto na LC 87/96, no seu art. 13, §1º, II, 'a', como a Lei 7.014/96, no art. 17, §1º, II, 'a', que tal parcela é componente da base de cálculo do ICMS, como bem apontou a d. PGE/PROFIS, entendo que essa questão já está sedimentada tanto na jurisprudência deste CONSEF, quanto do STJ, no sentido de que os encargos financeiros, nas vendas de mercadoria a prazo, constituem a base de cálculo do ICMS. Dessa forma, não acolho as alegações do recorrente.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Voluntário, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281424.0008/10-5, lavrado contra **FAST SHOP COMÉRCIO LTDA. (FAST SHOP S/A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.156,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$302,87 e 70% sobre R\$71.853,96, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo contribuinte conforme documento à fl.247.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS