

PROCESSO - A. I. N° 232272.0007/11-0
RECORRENTE - MERCADINHO RAIO DO SOL LTDA. (MERCADO PONTA DO SOL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0098-01/12
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0404-11/12

EMENTA: ICMS. 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. 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 não ocorreu. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra a Decisão da 1ª JJF, a qual, no Acórdão nº 0098-01/12, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$17.468,98, em decorrência da imputação de três infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas a infração 2, assim descrita:

Falta de recolhimento de ICMS referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e/ou administradoras de cartão, nos meses de fevereiro a outubro e dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$12.635,08, mais multa de 150%.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” que as referidas vendas apuradas por meio das “reduções Z” apresentadas pelo autuado foram inferiores às pagas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartão, o que autoriza a presunção legal de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS.

O autuado, às fls. 1472 a 1475, apresentou impugnação, através de advogado habilitado nos autos, seguido de manifestações defensivas às fls. 1494 a 1495, 1506 a 1508 e 1534 a 1537.

O autuante prestou as devidas informações fiscais às fls. 1514 a 1518 e 1544 a 1545 e, às fl. 1529, atendeu ao pedido de diligência formulado pela 1ª JJF, às fl. 1525.

Prosseguindo a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

“No Auto de Infração em epígrafe, o autuado, uma empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – foi acusado de ter deixado de recolher valores referentes ao Simples Nacional em razão de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos (Infração 1), bem como de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade presumida por meio de levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito (Infração 2) e por meio da constatação de ocorrência de suprimentos de caixa de origem não comprovada (Infração 3).

O autuado reconheceu como procedentes as Infrações 1 e 3 e efetuou o pagamento do débito correspondente. Dessa forma, as Infrações 1 e 3 são procedentes.

Quanto à Infração 2, o autuado, em sua primeira defesa, suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de somente recebera cópia dos demonstrativos que acostou às fls. 1482 a 1488. Frisa que esses

demonstrativos foram impressos em 14/03/2011, ao passo que a notificação do lançamento ocorreu em 11/03/2011. Diz que não recebeu cópia de documento com os valores informados pelas administradoras de cartão relativamente ao exercício de 2008, o que lhe impediu de conhecer e analisar os valores lançados pelo autuante.

Efetivamente, para comprovar a acusação imputada ao autuado na Infração 2, permitindo o pleno exercício do direito de defesa, havia necessidade de que se entregasse ao contribuinte cópia dos relatórios TEFs diários, bem como se demonstrasse como foram apurados os valores constantes na coluna “Omissão Cartão” (fls. 281 a 282).

Quanto à entrega dos relatórios TEFs diários, o autuante sanou a falha ao entregar ao autuado cópia desses relatórios, conforme fl. 1491, tendo concedido ao contribuinte o prazo de trinta dias para pronunciamento. No que tange à falta de demonstração da apuração dos valores constantes na coluna “Omissão de Cartão” (fls. 281 a 282), o processo foi convertido em diligência para esse fim específico, tendo a omissão sido suprida.

Em relação ao fato de constar, no rodapé dos demonstrativos entregues ao autuado, a data de 14/03/2011, observo que os demonstrativos acostados ao processo (fls. 281 a 287) comprovam que essas peças foram originariamente elaboradas em 18/02/2011, portanto, antes da lavratura do presente Auto de Infração. Dessa forma, não houve prejuízo ao contribuinte e, portanto, não há razão para a nulidade arguida.

Em face ao acima exposto, ultrapasso essa preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

O autuado afirma que os arquivos magnéticos com os relatórios TEFs diários que lhe foram entregues não são juridicamente válidos, pois não foi observado o previsto na Medida Provisória nº 2002-2, de 24 de agosto de 2001.

Afasto essa preliminar, pois a alegada falta de validade jurídica dos relatórios TEFs diários é inaplicável ao presente caso, haja vista que não se questiona a integridade desses arquivos magnéticos, já que se encontram devidamente autenticados. Caberia sim, ao autuado, constatando qualquer inconsistência em seu conteúdo, comprovar a inexistência de fidedignidade entre suas operações e as contidas nos arquivos, fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras por força da legislação tributária estadual. Portanto, não há que se falar em provas inválidas, pelo simples fatos de serem apresentadas em meio magnético.

Em sede de preliminar, o deficiente argui a nulidade do lançamento, sob o argumento de que o relatório TEF diário, para servir como prova, deveria ter sido entregue em papel timbrado das administradoras de cartão de crédito/débito.

Afasto essa arguição de nulidade, pois o art. 824-W do RICMS-BA não dispõe que as informações ali tratadas devem ser necessariamente prestadas em papéis. Ao contrário, o seu § 1º estatui que ato específico do Secretário da Fazenda disporá sobre prazo e forma de apresentação, o que tem sido feito através da informática.

Ainda em preliminar, o impugnante suscita a nulidade do lançamento, argumentando que os demonstrativos que embasam a infração contestada se mostram confusos, dificultando a análise dos cálculos realizados. Diz que não é possível se determinar, com segurança, o montante do débito tributário.

No item 2 da informação fiscal de fls. 1514 a 1518, ao abordar essa preliminar, o autuante explicou detalhadamente como foi feita a apuração do imposto que está sendo exigido na infração em tela. Ao se pronunciar sobre essa informação fiscal, o autuado expressamente afirmou que “Foram esclarecidas as dúvidas”. Dessa forma, concluo que os demonstrativos não são confusos e que não há a alegada insegurança na determinação do valor devido e, em consequência, também ultrapasso essa preliminar de nulidade.

Adentrando no mérito da Infração 2, observo que o autuante efetuou levantamento fiscal comparando os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, cotejando aqueles coincidentes com as saídas amparadas pela emissão de cupons fiscais, no período janeiro a dezembro de 2008, conforme demonstrativos às fls. 281 a 287, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas nas notas fiscais em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação vigente à época dos fatos, cujo teor transcrevo a seguir:

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.

Visando elidir a presunção legal, o deficiente afirma, em apertada síntese, que a sistemática adotada pelo autuante é incompatível com a hipótese de presunção legal prevista na legislação tributária vigente à época dos fatos. Sustenta que deveria ter sido comparado o valor das vendas declaradas pelo contribuinte com o valor informado pelas administradoras de cartão, conforme demonstrativo que apresenta.

Não acolho essa tese defensiva, pois a presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos, obviamente trata de comparação da declaração de vendas efetuadas pelo mesmo meio de pagamento, já que no cupom fiscal, documento de emissão obrigatória do contribuinte, é exigida a informação da modalidade do pagamento (cartão, dinheiro, etc.) de cada operação. Se assim não fosse, seria inócuia a comparação entre operações realizadas com meios de pagamentos distintos para se constatar eventual omissão de receita, já que, pelo menos não constam nos autos comprovação alguma, de que o autuado operasse exclusivamente com vendas através de cartão e de débito. Dessa forma, não faz o menor sentido a pretensão do autuado em sugerir a comparação da totalidade de suas vendas (em dinheiro, em cheque e por meio de cartão de crédito e de débito) com apenas uma parcela dessas vendas que é informada pelas administradoras de cartão de débito. Ademais, a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em reiteradas decisões sobre essa matéria, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/ crédito informadas pelas administradoras de cartões. Assim, é inequívoco que a utilização do total das vendas totais constantes na escrita contábil e fiscal do autuado é inservível para efeito de comparação na apuração de eventual omissão de receitas.

Argumenta o deficiente que, em muitos casos, há divergência entre a forma de pagamento constante nos cupom fiscal e a adotada pelo cliente.

Os dados constantes nos cupons fiscais são provas das operações realizadas. Se houve algum equívoco na emissão do cupom fiscal esse fato deve ficar comprovado pelo autuado, a quem o §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 atribui o ônus de comprovar a improcedência da presunção ali prevista. Dessa forma, esse argumento defensivo, desacompanhado de qualquer prova que lhe dê sustentação, não elide a presunção legal que embasa a autuação.

Considerando que restou consubstanciada nos autos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis não elididas com elementos de objetiva prova pelo autuado, para o período de janeiro a dezembro de 2008, acolho os valores apurados pelo autuante, uma vez que o procedimento atendeu às normas que o regulamentam e que o autuado não comprovou a improcedência da presunção legal que respalda a autuação. Dessa forma, a Infração 2 subsiste em sua totalidade.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 1567 a 1578), suscitando, inicialmente, a nulidade das provas apresentadas pelo Fisco, sob o fundamento de que os documentos, inclusive os eletrônicos, apresentados como provas das operações transacionadas em cartão de crédito ou débito são meros relatórios extraídos dos sistemas da SEFAZ e devem ser considerados inválidos perante a Lei.

Asseverou que por se tratar de arquivos eletrônicos, a validade jurídica somente pode ser aceita nas hipóteses previstas na Medida Provisória nº 2002-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), e que os documentos eletrônicos apresentados não atendiam às exigências legais contidas na referida norma, em especial ao disposto no art. 10, o qual transcreveu.

Também assegurou que as administradoras de cartões de crédito e de débito estariam obrigadas a apresentar informações à SEFAZ, por força do art. 35-A da Lei nº 7.014/96, regulamentado pelo art. 824-W do RICMS-BA. Ressaltou que esse dispositivo regulamentar e as Portarias SEFAZ nºs 695/2001 e 124/2006 são claros ao estabelecer que as informações, quando solicitadas pelo Fisco, devem ser entregues em papel timbrado da administradora.

Proseguiu, tecendo considerações sobre o fornecimento de informações por administradoras de cartão de crédito, para assegurar que os arquivos fornecidos têm caráter meramente informativo e servem para alimentar os bancos de dados dos sistemas de informação da SEFAZ e, quando evidenciada irregularidade que demande apuração, devem ser buscados os elementos probantes, dentro do previsto na legislação, para fundamentação do Auto de Infração.

Invocou a Lei Complementar nº 105/2001, a qual trata do sigilo das operações de instituições financeiras, para argumentar que:

“Da leitura do §4º do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, vislumbra-se que as informações inicialmente prestadas pelas administradoras de cartões de crédito têm caráter ‘informativo’. Verificada irregularidade quando da análise das informações, o fisco pode requisitar as informações e os documentos de que necessitar. Estas são as informações com caráter ‘declarativo’ e que são utilizadas para efeito ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Instaurado o procedimento fiscal contra o contribuinte, o fisco pode utilizar os documentos apresentados em papel timbrado pelas administradoras de cartões como prova das operações transacionadas.”

Concluiu, afirmando que o procedimento fiscal não observou os ditames da Lei Complementar, nem as regras da Lei nº 7.014/96 e a norma regulamentar (art. 824-W) para constituição dos elementos probantes dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, quais sejam, os elementos probantes devem ser apresentados em papel e também em disco de armazenamento de dados.

Adentrando ao mérito, insurgiu-se contra a Presunção Legal, arguindo que a interpretação da legislação é clara ao estabelecer a presunção legal apenas se os valores de vendas declarados pelo contribuinte forem inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito e débito. Alegou a impossibilidade de o preposto fiscal aplicar a presunção comparando os valores indicados nas Reduções Z para o meio de pagamento “cartão” com os valores informados pelas administradoras, porquanto as informações impressas nas Reduções Z são fruto de operações realizadas nas emissões de Cupons Fiscais e de Comprovantes Não Fiscais, estando sujeitas a erro no registro pelo operador, lançando venda com recebimento em dinheiro e o pagamento efetuado pelo cliente em cartão de crédito.

Argumentou que a legislação trouxe a presunção legal de omissão de saída tributada nas divergências de vendas declaradas com as informadas pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito em dois momentos distintos: o primeiro, comparando-se somente as vendas declaradas pelo contribuinte com os valores informados pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito; o segundo; comparando-se as vendas declaradas pelo contribuinte com os valores informados pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito, ou ainda, comparando-se somente as vendas declaradas pelo contribuinte realizadas em meio de pagamento cartão com os valores informados pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito.

Aduziu que, na segunda hipótese, tem-se a presunção legal de comparar vendas em cartão de crédito declaradas pelo contribuinte com as informadas pelas administradoras de cartões e que as duas parcelas são da mesma natureza, já que na primeira hipótese compara-se a totalidade das vendas declaradas pelo contribuinte com as informadas pelas administradoras de cartões, assegurando que em ambas as hipóteses não se deve buscar nas reduções Z a totalidade das vendas declaradas ou as vendas em cartões declaradas, pois a origem dos Recursos financeiros de uma sociedade deve ser declarada nos livros contábeis; *“o Razão, Razão Geral, Ficha Razão, Extrato da Conta ou ainda Livro Razão”*, que é o principal agrupamento de registros contábeis de uma empresa e o indicador para todas as transações que ocorrem em uma companhia.

Asseverou que, para efeitos do inciso VII do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, seria no livro Razão Geral que o fiscal autuante poderia buscar os valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito, para confrontar com os valores informados pelas respectivas administradoras, afirmando que para uma presunção ser enquadrada como verdade legal, teria como condição se encontrar expressamente prevista na lei, podendo, sua eficácia probatória estar classificada de acordo com a admissão ou não de prova em contrario.

No caso em tela, a presunção legal estaria prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia, porém, sem nenhum amparo legal na Lei Complementar nº 87, e na Constituição Federal, pois as presunções previstas na Lei nº 7.014/96 não são hipóteses de fatos geradores do ICMS, previstos nos diplomas referidos.

Em seguida, sustentou ter o julgador de primeira instância incidido em erro quando alegou que os argumentos defensivos, desacompanhados de qualquer prova que lhe deem sustentação, não elidem a presunção legal que embasa a autuação, consignando que:

“A acusação é uma: omissão de saída com base em presunção legal de que os valores de vendas declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito.

Qual a única defesa? Provar que os valores de vendas declaradas pelo contribuinte são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito.”

Arguiu que, baseada na correta interpretação da legislação, o autuado mostrou ser os valores de vendas declarados superiores aos informados pelas administradoras, na maioria dos meses analisados, o que foi demonstrado no quadro, constante dos autos, constando os valores declarados mensalmente nas “DASN”, confrontados com as informações apresentadas pelo Agente de Tributos, ainda que com base em provas sem valor jurídico.

Alegou, ainda, que o julgador - relator não abordou nem no relatório, nem no voto, que o autuado atacou os demonstrativos do preposto fiscal, refutando os valores apresentados, elaborando e apresentando o seu próprio demonstrativo, o que transcreveu em seguida.

Finalizou, requerendo o Provimento do Recurso Voluntário a fim de reformar a Decisão, para que se julgue o Auto de Infração procedente em parte em decorrência da procedência das imputações 1 e 3, posto que improcedente a infração 2.

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, o Recurso Voluntário se opõe à parte da Decisão proveniente do Acórdão de nº 0098-01/12, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, imputando, ao autuado, o cometimento de três infrações, sendo objeto do presente inconformismo apenas a de nº 2, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, relativas aos períodos de agosto e dezembro de 2007 e fevereiro, março, novembro e dezembro de 2008.

O sujeito passivo reiterou, nas suas razões recursais, a arguição de nulidade das provas apresentadas pelo Fisco, sob os argumentos de que tais provas eram meros relatórios extraídos do sistema da SEFAZ e deveriam ser considerados inválidos perante a Lei, porquanto não observado o previsto na Medida Provisória nº 2002-2, de 24 de agosto de 2001 e, também, de que foi desatendida regra do RICMS/BA, na linha de que as informações do relatório TEF diário deveriam ter sido entregues em papel timbrado das operadoras de cartão de crédito e débito.

Essas questões de nulidades foram devidamente apreciadas e, de forma correta, rejeitadas na Decisão de piso, porquanto comungo do entendimento de que a alegada falta de validade jurídica dos relatórios TEFs diários é inaplicável ao presente caso.

Na hipótese concreta versada, observa-se que não se questiona a integridade desses arquivos magnéticos, já que se encontram devidamente autenticados, sendo reservado, ao autuado, o direito de, constatada qualquer inconsistência em seu conteúdo, comprovar a ocorrência de divergências ou discrepâncias entre suas operações e as contidas nos arquivos, fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras, atendendo o previsto na legislação tributária estadual, o que não ocorreu.

Ressalte se que o contribuinte, fruto da sua relação comercial com as empresas administradoras de cartões, recebe ordinariamente extratos relativos as suas transações por elas intermediadas, o que permitiria identificar quaisquer divergências com o Relatório TEF apresentado pelo Fisco.

Não havendo de se falar em nulidades das provas, pelo simples fatos de serem apresentadas em meio magnético, posto que atendida a regra da legislação estadual, já que o art. 824-W do RICMS/BA não preconiza a obrigatoriedade das informações serem apresentadas em papel, mas,

sim, estabelece, no seu § 1º, que ato específico do Secretário da Fazenda disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações, tendo o próprio recorrente trazido à colação o teor das Portarias, restando incontroverso que o artigo 1º da Portaria nº 124/2006 previsiona que a administradora de cartões de crédito ou débito entregará, até o décimo quinto dia de cada mês, **arquivos eletrônicos** contendo as informações relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado. (grifo do relator)

Pelo exposto, não acolho as preliminares de nulidades suscitadas.

De igual sorte, improspera a tese de que a presunção legal prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia não encontra amparo na Lei Complementar nº 87 e na Constituição Federal, na medida em que taxativamente previsionado em diploma legal devidamente aprovado pelo Poder Legislativo deste Estado – Lei nº 7.014/96, especificamente no art. 4º § 4º, sobre o qual não paira qualquer pecha de inconstitucionalidade.

Convém registrar, ainda, que falece competência a este Órgão colegiado para se manifestar sobre as arguições de inconstitucionalidades arguidas na peça recursal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Meritoriamente, o Recorrente se concentrou na reiterada argumentação de que a metodologia utilizada pelo autuante, efetivando o confronto das informações contidas nas Reduções Z com os valores fornecidos pelas administradoras, seria incompatível com a hipótese de presunção legal prevista na legislação tributária vigente à época dos fatos, sustentando que deveria ter sido comparado o valor das vendas declaradas pelo contribuinte com aquele informado pelas administradoras de cartão, demonstrando que não houve omissão de saída de mercadoria tributada, uma vez que os valores das vendas informadas ao Fisco foram superiores aos apontados pelas administradoras dos cartões de crédito/débito, conforme demonstrativo nos autos, buscando comprovar a sua argumentação defensiva.

Sucede que tal arguição não pode prosperar, porquanto a legislação do Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação do lançamento, mediante a produção de elementos probantes demonstradores da verdade material, o que, na espécie versada, expressar-se-ia através de uma conciliação (casamento) das informações contidas no TEF – Relatório Diário de Operações com as notas ou cupons fiscais emitidos para cada operação autorizada pelas operadoras dos cartões de crédito/débito, apontadas individualmente no referido relatório.

Não é correto o entendimento abstrato de que se os valores das vendas declaradas e tributadas forem superiores aos das realizadas mediante cartões estaria suficientemente justificativo o fato de se encontrarem todos os valores incluídos nas saídas tributadas.

Por conseguinte, dúvidas inexistem de que o lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, dispondo expressamente:

“...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”.

Ademais, estatui o artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/BA, *verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

....
VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

A presunção legal de omissão de saídas, prevista no dispositivo legal acima transcrito, ocorre entre os números da mesma categoria, ou seja, venda por cartões de crédito/débito, não sendo razoável o raciocínio do recorrente de que devem ser comparados os números apresentados pelas administradoras de cartões de crédito com os totais de vendas do contribuinte.

De outra parte, não se pode comparar as diversas modalidades de vendas, realizadas: em espécie, em cheque, em ticket, etc., com uma única espécie de pagamento, qual seja, a de cartão de crédito ou de débito fornecida pelas instituições e administradoras, uma vez que só devemos comparar coisas iguais, logo é cristalino que “os valores de vendas” a que a legislação se refere são relativos às vendas com cartão de crédito ou de débito, os quais serão confrontados com “os valores de vendas” de igual espécie, ou seja, os informados pelas financeiras.

Nesse contexto, a tese construída pelo contribuinte não é sustentável, já que carece de lógica e razoabilidade, porquanto os valores a serem comparados são os da mesma categoria, ou seja, valores de vendas por cartões de crédito/débito.

Há de se ressaltar que caberia ao contribuinte, através do seu equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), efetuar o controle das vendas por modalidade, para que fosse possível confrontar os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, consoante determina o art. 238, § 7º, do RICMS/BA, conforme abaixo transcrito:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal...

§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Assim, há uma presunção legal não elidida, sendo do autuado a responsabilidade de trazer aos autos as provas, capazes de desconfigurar a imputação fiscal, do que, em nenhum momento, se desincumbiu, limitando-se a afirmar que efetuou vendas totais declaradas em valores superiores.

Ora, de acordo com o artigo 143 do RPAF/BA vigente, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Entretanto, vale realçar que, considerando o formalismo mitigado que reveste o PAF, o contribuinte, em qualquer momento da tramitação processual, poderá produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa, até mesmo após o julgamento de 2ª instância, em sede de Pedido de Controle da Legalidade.

Ante o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 232272.0007/11-0, lavrado contra MERCADINHO RAIO DO SOL LTDA. (MERCADO PONTA DO SOL), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$17.468,98, acrescido das multas de 150% sobre R\$14.408,87 e 75% sobre R\$3.060,11, previstas nos artigos 35 da Lei Complementar nº 126/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS