

PROCESSO - A. I. Nº 178891.3003/11-9
RECORRENTE - N MACHADO DOS SANTOS (MERCADINHO ECONÔMICO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0016-01/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET -04/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0280-12/13

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 PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra a Decisão da 1ª JF, a qual, através do Acórdão nº 0016-01/12, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$216.009,38, acrescido da multa de 70% em decorrência da imputação de falta de recolhimento do imposto 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 janeiro a dezembro de 2008 e de janeiro a dezembro de 2009.

Assim é que, consta no campo “Descrição dos Fatos” terem os valores das vendas de cartão de débito/crédito informados pelas administradoras de cartões excedido aqueles comprovados pelo Contribuinte, através de Reduções Z e ECF e/ou Notas Fiscais de Saídas, ficando caracterizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias.

O autuado, às fls. 30 a 35, apresentou impugnação, através do representante legal e o autuante prestou a devida informação fiscal à fl. 39.

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

“Inicialmente, destaco que, por total falta de sustentação fática, não devem prosperar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, senão vejamos.

É descabida a pretensão do autuado de invalidar os arquivos magnéticos, por ele recebidos, sem qualquer justificativa plausível ou constatação de falta de fidedignidade do seu conteúdo em relação às suas operações de vendas com cartão de crédito ou de débito informadas pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras. A falta de validade jurídica que invoca o autuado através da Medida Provisória nº 2002-2 de 24/08/2001 é inaplicável ao presente caso, vez que não se questiona a integridade dos arquivos magnéticos, pois 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 que foram 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 fato de serem apresentadas em meio

magnético. Assim, pelo mesmo motivo, seriam inválidas todas as informações, inclusive a DME, que por exigência legal são prestadas em meio magnético pelo autuado ao Fisco.

Não procede também a alegação de que ocorreria erro na interpretação do § 4º do art. 4 da Lei 7.014/96. Eis que a presunção prevista no aludido dispositivo legal 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 inócua 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 opera exclusivamente com vendas através de cartão e de débito. O que seria uma ocorrência assaz inusitada no comércio. Portanto, 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] que deve ser informada pelo contribuinte na DME, 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. As vendas declaradas na DME são informadas abrangendo a totalidade dessas operações, sem nenhuma identificação ou especificação de qual foi o meio de pagamento. Assim, é inequívoco que a utilização do total das vendas declaradas na DME é inservível para efeito de comparação na apuração de eventual omissão de receitas.

Por tudo o quando acima aduzido, restam ultrapassadas as questões preliminares.

Indefiro a solicitação de diligência para refazimento do levantamento fiscal para considerar os valores das vendas declaradas e aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007 pelas razões a seguir expendidas.

Primeiro, em relação ao pleito para que sejam considerados os valores das vendas declaradas, reafirmo que não faz o menor sentido a pretensão do autuado como já fora amplamente esclarecido no enfrentamento às questões preliminares suscitadas.

Segundo, no que diz respeito à aplicação da proporcionalidade cumpre enfatizar que desde o início da ação fiscal, consoante consignado no próprio Auto de Infração, “Descrição dos Fatos”, fl. 01, na 1ª Intimação Fiscal, fl. 06, e reconhecido em sede de defesa, fl. 33, o autuado intimado para apresentar os elementos indispensáveis para o cálculo da proporcionalidade estatuído pela IN 056/2007. Não sendo fornecido os dados solicitados pelo autuado para cumprimento desse dispositivo normativo, procedeu corretamente o autuante ao utilizar o valor total da omissão de saída apurada ao teor do item 3 da Instrução Normativa a seguir reproduzida.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 056/2007

[...]

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do Auto de Infração.

Convém ainda ressaltar que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas arguições. O autuado em momento algum cuidou de carrear aos autos o quanto solicitado na intimação, e nem tratou de comprovar, ao menos por amostragem, que opera com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária que justificasse de forma inequívoca a aplicação da IN 056/2007.

Discordo inteiramente da alegação defensiva de que se deveria aplicar o cálculo da proporcionalidade com base nas operações de saídas, por entender o autuado que a proporcionalidade é melhor apurada através dessas operações, uma vez que nelas são aplicadas a margem de valor agregado nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e da margem de lucro nas demais mercadorias. A pretensão do contribuinte é descabida, haja vista que o levantamento original indica claramente que houve omissão de saídas, o que conduz ao raciocínio inequívoco da ocorrência de operações de vendas sem emissão de documento fiscal correspondente. Assim, não faz o menor sentido calcular a proporcionalidade de suas operações através das saídas, já tendo sido constatado que os valores consignados nos documentos fiscais não refletem a sua totalidade. Portanto, no presente caso, o método mais adequado para apuração da proporcionalidade é a utilização das operações de entradas.

Em suma, ficou patente nos autos que o autuado teve oportunidade de demonstrar e comprovar a proporcionalidade entre a natureza tributária de suas operações e não exerceu sua prerrogativa. Por isso, não

vislumbro qualquer violação ao seu direito de ampla defesa já que nos autos somente esboçou mera alegação, eis que não apresentou os dados necessários e imprescindíveis à sua aplicação, nem durante os trabalhos de fiscalização e muito menos em sede defesa.

No mérito Auto de Infração exige ICMS em decorrência da 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 fornecido por instituição financeira e administradoras de cartões de crédito ou débito.

Para apurar o valor devido, vejo 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 e janeiro a dezembro de 2009, conforme fls. 12 a 18 e demonstrativos de fl. 11, 19 e 20, 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 dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, in verbis:

“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.”

Ressalte-se que foi entregue ao autuado cópia do Relatório Diário por Operação –TEF, fl. 27, fornecido pelas empresas administradoras de cartão, no qual é indicado o valor da operação, se débito ou crédito, data, número da autorização. Portanto, caberia ao autuado juntar cópia dos documentos fiscais emitidos que porventura tenha registrado na Redução Z com recebimento por outra modalidade ao invés de cartão de crédito/débito. Logo, em se tratando de imposto exigido mediante presunção legal caberia ao autuado comprovar a sua improcedência, o que não foi feito.

Restou, portanto, perfeitamente 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, janeiro a dezembro de 2009 e acolho os valores apurados pelo autuante, uma vez que o procedimento atendeu às normas que o regulamentam.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 56 a 65), 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 deveriam ser considerados inválidos perante a Lei.

Asseverou que por se tratar de arquivos eletrônicos, a validade jurídica somente poderia ser aceita nas hipóteses previstas na Medida Provisória que trata do assunto, e que os documentos eletrônicos apresentados não atendiam às exigências legais contidas na referida norma.

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, ressaltando 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.

Prosseguiu, 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 7.014/96 e a norma regulamentar (art. 824-W) para constituição dos elementos probantes dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito.

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 contrário.

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, de cartões de crédito ou de débito.

Alegou, ainda, que o julgador – relator de 1ª Instância, de forma equivocada, interpreta a legislação de forma diferente e alegou que foi entregue à autuada cópia de Relatório Diário por Operações – TEF e que o autuado deveria apresentar provas de que os documentos fiscais foram emitidos.

Aduziu que a presunção apontada requer comparativo de valores de nível sintético das operações realizadas, mas ao trazer a relação de operações transacionadas, comprova-se que o auditor possuía informação de nível analítico e o uso dessas informações requer a análise de cada documento fiscal emitido para confronto com cada operação informada. Acaso não fosse encontrado documento fiscal vinculado para a operação, estaríamos diante da “falta de emissão de documento fiscal” que é infração de natureza diferente da presunção legal apontada.

Desse modo, sustentou que quem teria de provar que o autuado deixou de emitir documento fiscal para as operações transacionadas com cartão de crédito seria o fisco, e apontar as operações para as quais não encontrou documento fiscal emitido, para o autuado poder se defender. No entanto o fisco não agiu assim, preferindo a “presunção legal”.

Finalizou, requerendo o Provimento do Recurso Voluntário a fim de reformar a Decisão, para que se declare a nulidade dos lançamentos fiscais por falta de elementos probantes válidos, não sendo decretada a nulidade, requer a improcedência dos lançamentos, haja vista não haver divergência entre os valores declarados pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito.

A PGE/PROFIS, às fls. 73/75, apresentou Parecer opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Destacou como teses centrais da irresignação do autuado: a) a Decisão de piso não ter considerado o total de vendas da empresa; b) ser inaplicável ao caso a Instrução Normativa nº 56/07; c) falta de validade jurídica das informações prestadas pelas administradoras por suposto descumprimento da Medida Provisória nº 2002-2.

Quanto ao argumento da ausência de consideração, no lançamento, do valor total de vendas, não mereceria qualquer guarida, tendo em vista que a base utilizada para o cotejo com as informações prestadas pelas administradoras de cartão, por motivos lógicos, só poderiam ser a das vendas efetuadas com cartões de crédito ou débito, não podendo se falar de vendas totais, sob pena de se fazer tábula rasa do lançamento por esta modalidade de roteiro, porquanto os valores totais das vendas seriam sempre superiores aos somente com cartões.

Por fim, quanto ao argumento da inviabilidade das informações prestadas pelas administradoras, por suposto descumprimento da Medida Provisória nº 2002-2, também não encontra suporte o apelo, pois, conforme bem pontuado na Decisão de base, “*não há qualquer refutação quanto a integridade dos arquivos magnéticos, mas, isto sim, quanto a deturpação do seu conteúdo, uma vez dissonante com as informações colhidas no ECF do autuado.*”

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, o Recurso Voluntário se opõe à parte da Decisão proveniente do Acórdão de nº 0016-01/12, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, imputando, ao autuado, o cometimento de infração, 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 janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a 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 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 a alegada falta de validade jurídica dos relatórios TEFs diários é inaplicável ao presente caso.

Destarte, *in casu*, não é questionada 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.

Não havendo de se falar em nulidades das provas pelo simples fato 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 previsional 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)

Em suma, 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 provisionado 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.

Sucedendo 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.

Assim, é incorreto 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.

Dessa forma, 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 2ª 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 178891.3003/11-9, lavrado contra **N MACHADO DOS SANTOS (MERCADINHO ECONÔMICO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$216.009,38**, 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, 11 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS