

PROCESSO - A. I. Nº 128859.0412/04-5
RECORRENTE - N. MACHADO DOS SANTOS (MERCADINHO ECONÔMICO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0063-02/08
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 26.11.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0343-12/13

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Entretanto, para o exercício de 2003, não existia previsão legal no RICMS/97 da obrigatoriedade da indicação nos cupons fiscais da modalidade de pagamento das vendas realizadas. Rejeitadas as preliminares de anulação da Decisão recorrida e de nulidades do Auto de Infração. Recurso NÃO PROVIDO e, de ofício, excluída da autuação a exigência relativa ao exercício de 2003. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0063-02/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 10/12/2004, para exigir ICMS no valor de R\$104.831,11, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito, ou de débito, em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito nos exercícios de 2003 e 2004.

Após análise das peças processuais e de saneamento realizado, a 2ª JJF proleta a seguinte Decisão quanto ao mérito da autuação, depois de rechaçar as questões preliminares de nulidade arguidas pelo impugnante e de negar a realização de diligência fiscal:

“[...]

No mérito, observo que a previsão contida no 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, trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, fato que não ocorreu na presente, mesmos após diligência realizada, a qual entregou ao autuado um CD contendo todas as operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, com a reabertura do prazo de defesas.

A simples alegação defensiva de que houve erro dos seus funcionários, não é capaz de elidir a autuação, uma que o treinamento dos funcionários do contribuinte é de sua exclusiva responsabilidade. Caberia ao autuado comprovar que efetivamente ocorreram erros dos funcionários no momento de informar o meio de pagamento da venda, por essa razão é que o PAF foi convertido em diligência, para possibilitar ao sujeito passivo, de posse do Relatório Operações TEF, o qual individualiza operação por operação, apresentar os cupons fiscais nos quais houvesse coincidência de valor, hora e data com as operações informadas pelas administradoras e que porventura não tivesse sido considerado no levantamento fiscal. Entretanto, assim não procedeu o autuado em sua manifestação após o recebimento do referido relatório, tendo apenas impresso as informações fornecidas pelas administradoras.

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

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 653/657). Diz ter ficado estarrado com o descaso do fiscal autuante e do julgador de 1^a instância quando da análise e julgamento do PAF, sendo o Acórdão recorrido merecedor de completa reforma e o CONSEF deve adotar providências administrativas para apurar possível negligência tanto do relator e dos julgadores de 1º Grau, chamando a “*atenção as informações inverídicas apresentadas pelo fiscal autuante e que foram cegamente absorvidas pelo relator*”.

Neste compasso, ressalta que as seguintes passagens do Acórdão recorrido são inverídicas:

1. Não lhe foi apresentada a informação do fiscal autuante, mas o relator afirma o contrário, transcrevendo passagem do relatório do Acórdão.
2. A respeito da passagem transcrita, diz que a JJF afirma no seu voto de que ele, impugnante, não havia apresentado qualquer informação que pudesse elidir a ação fiscal.

E, para embasar tais afirmativas, transcreve os Anexos I e II que havia apresentado no decorrer de suas manifestações no processo, onde neles constam valores comparativos entre os informados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e os valores das suas operações comerciais constantes nos seus ECF's (nºs dos cupons fiscais).

Continua afirmando de ser certo “*que se todas as páginas dos anexos acostados fossem analisadas, certamente o fiscal autuante e o relator encontrariam as indicações de diversos Cupons Fiscais para muitas das operações indicadas. Isso pode ser comprovado em qualquer revisão nos documentos acostados ao processo*”. Em assim sendo, “*as inverdades do fiscal autuante e do relator maculam de nulidade a Decisão proferida pela 2ª JJF em seu Acórdão nº 0063-02/08*”.

Traz os seguintes pontos merecedores de atenção e de reforma ou anulação da Decisão:

1. A falta de consideração da Instrução Normativa nº 56/2007.
2. A interpretação da legislação em relação ao § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/94. Dizendo não caber ao fiscal autuante ou ao julgador interpretar a Lei, mas tão somente aplicá-la, conforme disposições do art. 25, do RPAF/BA, afirma não existir qualquer Portaria do Secretário da Fazenda, “*ou mesmo Parecer normativo elaborado pela Procuradoria da Fazenda Estadual devidamente aprovado pelo Secretário da Fazenda, que tenha sido publicado para interpretação da parte do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 quanto ao que se entende por “declaração de vendas pelo contribuinte”. Se não há, a legislação deve ser entendida da forma como está indicada*”. Em assim sendo, “*declaração de vendas*” são os valores de vendas mensais declarados pelo contribuinte em documento de informações econômico-fiscais ou em livros fiscais próprios, onde e inclusive, não há qualquer exigência para que o contribuinte apresente os meios de pagamentos realizados, o que deságua no fato de que os valores exigidos são aqueles referentes ao montante de compras ou de vendas realizadas, inclusive por situação tributária (tributado, isento, não incidência ou sujeita ao regime de substituição tributária).

Nesta situação, transcrevendo, novamente, parte do voto proferido (quando a JJF afirma que o levantamento fiscal foi realizado comparando os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito - inclusive entendimento deste Colegiado), afirma que o relator não poderia estender a interpretação da legislação da forma como o fez. Além do mais, não aceita e não acata “*nenhuma das informações apresentadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em relação ao operações com cartão de crédito ou de débito, pois carecem de validade jurídica*”. Diz que este fato além de não ter sido observado por este Colegiado, também da margem à aplicação das disposições legais contidas no art. 112 do CTN, como transcreve.

Requer o conhecimento e acatamento das suas alegações para reformar, ou mesmo anular, o Acórdão JJF nº 0063-02/08.

O n. Procurador Dr. Raimundo Luiz de Andrade (fl. 666) assim se manifesta:

“Trata-se de processo administrativo fiscal encaminhado a esta Procuradoria Fiscal para fins de emissão de Parecer em Recurso administrativo fiscal voluntário contra o Auto de Infração em tela. Todavia, tendo em vista a minha re-lotação funcional por ordem do Sr. Procurador Chefe da PROFI, a partir do mês de Dezembro de 2008, no SEJUD Setor Judicial da Procuradoria Geral do Estado da Bahia/PROFI, a despeito do desempenho, cumulativo, anterior, das minhas funções profissionais nos Processos Judiciais de inventário, partilhas, alvarás, arrolamentos, separações judiciais, sujeitos à incidência do imposto estadual sobre transmissões causa mortis e doações PROFI/SEDAE/FORUM/ITD, bem como também nos processos administrativos fiscais afetos a competência do CONSEF e nos demais procedimentos administrativos de controle da legalidade e consultoria sob o crivo da Procuradoria Fiscal - PROFI/SECON, conforme preceitua o Código Tributário Estadual - COTEB, devolvo o presente processo, anteriormente a mim distribuído para análise, a este Egrégio Conselho de Fazenda, para fins de redistribuição a uns dos demais servidores que continuarão designados a se manifestarem em matérias da Competência do Conselho Fazendário Estadual”.

Em pauta suplementar da sessão de 29/07/2009, esta 2ª CJF, após exame das peças e na busca da verdade material, decidiu encaminhar o presente Auto de Infração em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito apurasse o imposto ora exigido, com base na Instrução Normativa nº 56/2007 (fl. 671).

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 101/2010 (fl. 674), fiscal estranho ao feito informa que intimou (fls. 675/678) a empresa, em 18/05/2010 à apresentar os documentos necessários ao cumprimento da diligência fiscal. Que o recorrente, por telefone (9141-7172), informou que aproveitando a anistia, já havia pago o débito do Auto de Infração, de acordo com os valores apurados pelo contador. Embora sendo solicitado que mesmo assim apresentasse a documentação necessária, considerando o pedido da 2ª CJF, a empresa não o fez.

Em assim sendo, não pode cumprir a diligência como solicitada por esta Câmara de Julgamento Fiscal.

O recorrente foi cientificado do Parcer ASTEC/CONSEF (fls. 680/681), permanecendo silente.

Encaminhado os autos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer (fl. 688), o n. Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, exara Despacho posicionando-se no sentido de devolver os autos a sua relatora para apreciação e deliberação em pauta suplementar a respeito da realização de nova comunicação processual ao autuado no que diz respeito à diligência solicitada por esta 2ª CJF, uma vez que o ato procedural se operou por e-mail, em desconformidade com a legislação de regência do Processo Administrativo Fiscal e, no seu sentir, em conflito com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em pauta suplementar da sessão de 30/05/2011, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (fls. 711/712), após exame das peças que constituem o processo, alinha-se às considerações apresentadas pelo nobre Procurador, pois em obediência às determinações legais e, diante da constatação de que todas as intimações foram efetuadas via e-mail desta Secretaria de Fazenda, porém e-mail pertencente ao fiscal estranho ao feito, bem como, de que a intimação foi enviada a e-mail sem identificação do contribuinte (fls. 675/678), retornou o processo à ASTEC/CONSEF para que fosse feita a intimação à empresário autuado na forma determinada na legislação posta e, em seguida, que fosse providenciada a solicitação requerida por esta 2ª CJF na forma contida à fl. 671 dos autos.

Através do Parcer ASTEC/CONSEF nº 103/2011, fiscal estranho ao feito informa:

1. Intimou pessoalmente, e em 07/07/2011, o Sr. Antonio de Souza Araújo, representante da empresa autuada, para que apresentasse os demonstrativos e cupons fiscais/notas fiscais, conforme Intimação á fl. 716 dos autos.
2. Em 18/07/2011, o patrono da empresa, Dr. Ednilton Meireles, enviou e-mail informando que não seria possível atender ao quanto requerido na Intimação expedida, pois a empresa já havia “descartado” toda a documentação já que referente aos exercícios de 2003 e 2004 (fls. 717/718).

Diante dos fatos, ratificou o Parecer ASTEC/CONSEF nº 101/2010 constante da fl. 674.

O recorrente, intempestivamente, manifesta-se (fls. 723/726).

Um dos auditores fiscais que realizou a autuação (fls. 730/733) inicialmente observa que a manifestação do recorrente sobre a diligência procedida pela ASTEC/CONSEF havia sido intempestiva.

Diz que o § 7º, do art. 238, do RICMS/97 apenas dispõe sobre a necessidade de ser indicado o meio de pagamento das vendas realizadas. Assim, quando a JJF enviou os autos em diligência para cotejamento das operações de vendas, foi no sentido de dirimir quaisquer dúvidas não contidas no referido parágrafo.

Em seguida, historiando todos os atos procedimentais até então realizados neste processo, entende que o recorrente teve desde 2006 todos os prazos para comprovar as suas operações comerciais e não autuados, não o fazendo demonstrando uma falta de prudência. Que quanto a alegação do descarte destes documentos, considerando o prazo de prescrição para a guarda dos mesmos, esquece o recorrente de que os períodos estão *sub-judice*. E concluiu: “*Baseado no breve histórico deste PAF, reafirmamos que a MANIFESTAÇÃO apresentada através do Proc. N° 184063/2011-8 trata-se de uma peça protelatória e que o autuado teve diversos momentos para COMPROVAR as suas alegações e que, assim, não procedeu. Desta forma, mantemos as informações já prestadas e solicitamos o reconhecimento da Decisão proferida pela 2ª JJF, através do ACORDÃO nº 0063-02/08*”.

No seu Parecer jurídido da lavra do n. Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, a PGE/Profis (fls. 737/739) após relatar os fatos, assim se posiciona:

“... no que concerne o argumento da não consideração no lançamento do valor total de vendas do recorrente, não merece qualquer guarda, tendo em vista que base utilizada para o cotejo com as informações prestadas pelas Administradoras de cartão, por motivos lógicos, só pode ser das vendas efetuadas com cartões de crédito ou débito. Neste ponto, não há que 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 serão sempre superiores aos valores somente com cartão de débito e ou crédito.

Quanto a alegação da aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007, manifesto-me pela sua inviabilidade, uma vez que restou impossível a realização de diligência para a indigitada apuração, em face da empresa autuado não possuir qualquer documentação do período fiscalizado.”

Opina pelo improimento do Recurso interposto.

VOTO

A infração motivadora do Recurso Voluntário trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Antes de adentrar em qualquer consideração a respeito dos argumentos recursais, devo analisar a tempestividade, ou não, da manifestação do recorrente sobre a última diligência da ASTEC/CONSEF (Parecer nº 103/2011).

O RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) no seu art. 10 determina que deva ser indeferida de pleno pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, a petição que for considerada intempestiva. E no seu § 1º dispõe que ela é considerada intempestiva quando apresentada fora do prazo legal, porém vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

Por outra banda, dispõe a norma processual, no seu art. 22, que os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento e impõe o prazo de 10 (dez) dias, salvo disposição expressa em contrário da legislação tributária.

Passo aos fatos ocorridos no presente processo em relação a manifestação interposta.

Em 31/08/2011 foi expedida Intimação (fl. 720) da Coordenação de Cobrança da Diretoria Metropolitana de Salvador (DAT Metro) dando ciência ao contribuinte do resultado da diligência da ASTEC/CONSEF e lhe informando do prazo de dez (10) dias para que, querendo, pudesse se

manifestar. Esta Intimação foi recebida pela empresa em 05/09/2011 (segunda feira), conforme AR apensado aos autos (fl. 721). O recorrente apresentou manifestação em 20/09/2011 (fl. 722).

Diante da norma regulamentar, e não havendo prazos especiais, a fruição da contagem do prazo inicial para manifestação do recorrente começou em 06/09/2011 (terça feira). Sendo os prazos contínuos, deveria ter a empresa apresentado sua manifestação até 15/09/2011 (quinta feira). Foi ele apresentado em 20/09/2011, ou seja, 05 dias após o término do seu prazo.

Em vista das razões acima expostas, não conheço a manifestação apresentada pelo recorrente devendo, apenas, constar ela nos autos, já que vedada, por força regulamentar, a recusa do seu recebimento.

O recorrente traz como argumento de anulação da Decisão da JJF o fato de que tanto a fiscalização como a JJF faltaram com a verdade dos fatos, inclusive solicita medidas administrativas para apurar possível negligência tanto do relator como dos julgadores de 1º Grau. Para fundamentar esta afirmativa transcreve parte do texto do relatório do Acórdão recorrido e parte do voto, afirmando serem inverídicas as seguintes passagens descritas no Acórdão recorrido: **a)** que não lhe foi apresentada a informação do fiscal autuante, como diz o relator e **b)** que não havia apresentado qualquer informação que pudesse elidir a ação fiscal.

E textualmente afirma: “*as inverdades do fiscal autuante e o relator maculam de nulidade a Decisão proferida pela 2ª JJF em seu Acórdão nº 0063-02/08*”.

Estas são acusações graves que atentam contra a ética, moral e profissionalismo dos membros deste Colegiado. Entendo que, antes de serem expostas, deveriam ser perquiridas com maior acuidade para não gerarem, no futuro, situações adversas a quem assim acusa. Entretanto, como não cabe a este Colegiado decisões outras que não aquelas de cunho eminentemente tributário, não levo a situação adiante, apenas fazendo os seguintes esclarecimentos.

Não existe no Acórdão recorrido a afirmativa do relator de que a informação fiscal foi apresentada ao contribuinte. O que ele relata (**relatório: deve conter o histórico de todos os fatos relevantes verificados desde o início do procedimento, com a síntese dos pronunciamentos das partes e das autoridades que tenham interferido nos autos como informantes, Parecerista ou peritos – art. 164, II, do RPAF/BA**) é de que após tomar ciência do resultado da diligência requerida pela JJF visando sanar o processo (fl. 83), o contribuinte e o autuante se manifestaram (fl. 92 e 638). Para maior clareza dos fatos transcrevo a parte do Relatório contestado:

Em nova manifestação fiscal, após receber os arquivos contendo todas as operações individualizadas, o autuado informa que apresenta os Anexos I e II, contendo demonstrativos das operações informadas pelas instituições financeiras de cartão de crédito ou de débito com indicações dos cupons fiscais emitidos para cada uma das operações relacionadas, resumindo-as em planilha anual com valores mensais.

Em nova informação fiscal, folha 638, um dos autuantes, ressalta que o autuado após receber cópia em CD da movimentação de vendas emitidas através de cartão de crédito/débito, apenas imprime as informações ali elencadas, sem nada acrescentar que possa elidir a ação fiscal desenvolvida, opinando pela manutenção da autuação.

Quanto a afirmativa de que o n. Relator não considerou a documentação apresentada pela empresa, ela não merece acolhimento e, mais uma vez a transcrevo para restar absolutamente clara a questão:

A simples alegação defensiva de que houve erro dos seus funcionários, não é capaz de elidir a autuação, uma que o treinamento dos funcionários do contribuinte é de sua exclusiva responsabilidade. Caberia ao autuado comprovar que efetivamente ocorreram erros dos funcionários no momento de informar o meio de pagamento da venda, por essa razão é que o PAF foi convertido em diligência, para possibilitar ao sujeito passivo, de posse do Relatório Operações TEF, o qual individualiza operação por operação, apresentar os cupons fiscais nos quais houvesse coincidência de valor, hora e data com as operações informadas pelas administradoras e que porventura não tivesse sido considerado no levantamento fiscal. Entretanto, assim não procedeu o autuado em sua manifestação após o recebimento do referido relatório, tendo apenas impresso as informações fornecidas pelas administradoras.

Ou seja, a JJF não aceitou para elidir a autuação a documentação apresentada.

Diante de tais fatos, não vejo causa para aceitar o pedido formulado pelo recorrente.

O recorrente traz, ainda, como anulação da Decisão recorrida, bem como nulidade da ação fiscal, três argumentos:

No primeiro, afirma de que a auditoria realizada, assim como a Decisão recorrida, não possuem, em síntese, lastro legal.

A Lei Complementar nº 87/96, emanada da Constituição Federal, entrega a competência para instituir o ICMS aos Estados e Distrito Federal. Norteia tal competência com regras gerais que todos os Estados devem, por obrigação, seguir. Não desce a todos os detalhes que somente uma lei ordinária deve dispor. Em assim sendo, a Lei Estadual nº 7.014/97 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia dispunha, quando da ocorrência dos fatos geradores da presente ação fiscal, no seu art. 4º, § 4º que *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* (grifo), autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (grifo).

O recorrente entende que a disposição legal acima descrita não mencionava de que a declaração de venda pelo contribuinte é a declaração por cartão de crédito/débito. Desta forma, a interpretação a ser dada é que a norma legal se refere ao total de vendas mensais realizadas, precisamente, devem ser comparadas todas as vendas realizadas no mês com as informações, mensais, fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Nesta discussão, diz que este foro administrativo não pode interpretar a lei e sim aplica-la e que a fiscalização, em resumo, extrapolou as determinações legais.

Em primeiro, este Colegiado não está interpretando a lei e sim a aplicando. Em segundo, a fiscalização não extrapolou as determinações legais e, em terceiro, a interpretação dada pelo recorrente do texto legal é equivocada. Cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, dentre as inúmeras existentes (e como perfeitamente tem conhecimento o recorrente) e a norma legal a escolheu para apurar a presunção de omissões de saídas tributáveis sem recolhimento do imposto. E não poderia ser de outra forma. Não existe qualquer lógica em se realizar um confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito com **todas** as vendas mensais realizadas pelo contribuinte. Entendo, inclusive, que tal interpretação apresentada pelo recorrente fere de morte todo o raciocínio do legislador que não necessitaria, de maneira elementar, acrescentar ao texto legal quando diz “*declaração de vendas pelo contribuinte* a frase “**em cartão de crédito/débito**”. Ele já é auto explicativo, não podendo ser de outra forma, pois as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento. E, como bem pontuou a PGE/Profis, aqui não se pode falar de vendas totais, sob pena de se fazer tábula rasa do lançamento por esta modalidade de roteiro de auditoria. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito. E, ressalto, é irrelevante se o total das vendas declaradas pelo contribuinte através de suas DME’s foram superiores às vendas informadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito, pois assim devem ser, já que nelas incluídas todas as formas de pagamentos existentes em relação às vendas mensais realizadas.

Pelo exposto tal argumento não pode ser acatado nem para anular a Decisão recorrida, nem, tampouco, à nulidade da ação fiscal.

O segundo argumento foi de que não aceita e não acata nenhuma das informações apresentadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em relação as operações com cartão de crédito ou de débito, já que as mesmas carecem de validade jurídica. Diz que este fato além de não ter sido

observado por este Colegiado, também dar margem à aplicação das disposições legais contidas no art. 112 do CTN.

Se o recorrente não aceita e não acata as informações prestadas pela Secretaria de Fazenda Estadual, este é posicionamento de cunho pessoal. No mais, o art. 824-W, do RICMS/97 determinava que as “*administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares*”, sendo que o prazo e forma da apresentação das informações constam indicados em ato específico do Secretário da Fazenda (§ 1º do referido regulamento). Em assim sendo, lastro legal tem todas as informações que a Secretaria de Fazenda disponibiliza aos seus contribuintes, pois obrigados, legalmente, as administradoras de cartões de crédito e/ou débito a informar ao fisco. E, ainda, caso a Secretaria de Fazenda queira solicitar relatório específico impresso, este será impresso (pelas administradoras) em papel timbrado, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas (a depender do pedido). E esta solicitação pode ser feita pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF) e das diretorias de administração tributária (§ 2º).

Portanto a norma é clara, expressa e específica, não sendo, assim, caso de aplicação das disposições legais levantadas pelo recorrente acerca das determinações do art. 112, do CTN.

O terceiro argumento apresentado foi a não consideração das disposições da Instrução Normativa nº 56/2007. Embora a fiscalização não tenha considerado a proporcionalidade das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e/ou isentas, este argumento não foi trazido pelo recorrente em suas várias manifestação durante a fase inicial do presente processo. Porém, quando do seu Recurso, este fato foi abordado. Esta 2ª CJF percebendo que como a atividade da empresa é um “mercado” esta alegação poderia ser procedente, não para se decretar a nulidade da ação fiscal (§ 1º, do art. 18, do RPAF/BA), mas sim, para sanar os valores do ICMS exigidos. E este foi o procedimento perquirido por esta CJF.

Pelo exposto todas as alegações de anulação da Decisão recorrida e de nulidade da ação fiscal são afastadas.

No mérito, o autuante elaborou planilhas (fls. 11/15 e 18/25) indicando por dia e mês os lançamentos das reduções Z por ECF da empresa. Na sua informação fiscal afirma que tais lançamentos são dos valores das vendas apuradas através de cartões de créditos e débito. Em seguida, elaborou nova planilha com o comparativo dos valores que apurou na primeira planilha e as informações das administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Apurando diferença a maior, calculou o imposto devido à alíquota de 17%, com a dedução do crédito de 8% dada a condição do recorrente que à época se encontrava enquadrado no SimBahia e como dispunha o art. 19, § 2º, da Lei nº 7.357/98.

A empresa para elidir a ação fiscal deveria ter apresentado demonstrativo, acobertado das notas, cupons fiscais e boletos de pagamento, onde estivesse provada a inconsistência da autuação. Teve todos os prazos legais para isto fazer. Entretanto somente apensou aos autos demonstrativos (cópia dos relatórios TEF's diários que recebeu da Secretaria de Fazenda onde anotou uma coluna indicando que havia vendas realizadas no período através de cartões de crédito e ou débito e dois anexos, um para cada exercício, onde comparou os valores mensais das informações das administradoras com o resumo (presumo) dos valores que disse estarem comprovados). Em primeiro, estes demonstrativos não possuem qualquer lastro de prova, pois desacompanhados dos respectivos documentos fiscais. Em segundo, o imposto exigido teve por base a diferença constatada entre as vendas realizadas através de cartões de crédito e/ou débito lançadas nas Reduções Z e aquelas informadas pelas administradoras. Inclusive ao analisar a planilha elaborada pelo autuante (fls. 10 e 17) com os anexos elaborados pela própria empresa, (fls. 94 e 339) denota-se que os valores excluídos da autuação são bem maiores do que aqueles apresentados pelo contribuinte.

E, no mais, quando esta CJF buscou a verdade material a respeito da proporcionalidade das mercadorias comercializadas que poderiam estar albergadas na substituição/antecipação

tributária e/ou isentas (e esta busca se deu por duas vezes com prazo para que o contribuinte pudesse se manifestar e em um período de quase quatro anos), preferiu o recorrente levar sua argumentação em outra direção, ou seja, que como os exercícios autuados foram de 2003 e 2004 já haviam sido “descartado”, considerando o prazo de prescrição para sua guarda (fl. 717), esquecendo-se de que como o imposto já havia sido exigido de ofício, não há tal prescrição. As diligências solicitadas não puderam ser realizadas.

Em assim sendo, ao não trazer as provas materiais que são de fundamental importância em um processo administrativo fiscal e quando lhe cabia a prova em contrário, os argumentos recursais não merecem guarida.

Entretanto, existe um fato que impede a exigência do imposto, através da auditoria realizada quanto ao exercício de 2003.

Embora a auditoria aplicada tenha previsão legal desde 2002, até janeiro de 2004 não havia previsão legal para que o contribuinte identificasse nos seus ECF's a modalidade de pagamento de suas vendas. Esta previsão somente foi inserida no Art. 238 do RCIMS/BA, através do § 7º, com a seguinte redação: *“Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação”*. Ora, sem tal previsão não existiam condições de se realizar a auditoria feita (somente através dos ECF's), pois o contribuinte poderia, ou não, indica-la, já que não obrigado a fazê-lo.

Em assim sendo e para o exercício de 2003, a auditoria, embora com previsão legal, restou impossibilitada de ser aplicada já que a base de cálculo do imposto permaneceu incerta na forma apurada.

Porém a situação não é a mesma para o exercício de 2004. E conforme tudo o que já se expôs, a exigência fiscal para o exercício de 2004 é procedente, mantendo-se na sua integralidade a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto e, de ofício, excluo da autuação o exercício de 2003 e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação no valor de R\$34.715,55, referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativo de débito consignado no Auto de Infração. Deve o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologar os valores efetivamente recolhidos com o parcelamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 128859.0412/04-5, lavrado contra N. MACHADO DOS SANTOS (MERCADINHO ECONÔMICO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$34.715,55, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos com o parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - RPER. DA PGE/PROFIS