

A. I. Nº - 232185.0004/11-2
AUTUADO - MEIRA E RAMOS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAC BRUMADO
INTERNET - 26.03.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0036/02-13

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. Reduzido o débito após a dedução do crédito de 8% previsto no artigo 408-S do RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores. 2. LIVRO CAIXA. FALTA DE ATENDIMENTO PARA APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não impugnada. Rejeitadas a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 10/06/2011, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$20.958,49, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$20.498,49, 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, no período de janeiro a dezembro de 2006, conforme planilhas e documentos às fls. 08 a 100.
2. Deixou de apresentar o livro Caixa, referente ao exercício de 2006, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, conforme intimações às fls. 05 e 06.

O sujeito passivo, através de seu representante legal, apresenta defesa administrativa, fls. 105 a 109, onde descreve a origem do presente lançamento tributário, aduz que o auto de infração se baseia em hipótese de fato gerador presumido da obrigação tributária prevista na legislação tributária, e informa que este mesmo fundamento utilizado em auto de infração anterior de nº 232185.0201/10-4, a autuação foi considerada NULA, conforme Acórdão JJF nº 0380-01/10.

Destaca que o auto de infração deve ser constituído com documentos comprobatórios das ocorrências nele descritas, e enfatiza que os princípios informadores do sistema probatório, notadamente o da verdade material e do devido processo legal, são indispensáveis e garantem ao acusado que sua defesa seja garantida na maior amplitude possível dentro dos limites legais, e suscita a nulidade da autuação.

No mérito, com relação à infração 01, impugnou o lançamento tributário argüindo que:

1. as administradoras de cartões de crédito/débito informam que a empresa faturou um valor a maior, no período fiscalizado, do que o constante na Declaração de Movimento Econômico (DME), resultando na presunção da fiscalização de omissão de saídas de mercadorias em operações tributáveis;
2. por se tratar de uma presunção, deveria a fiscalização ter apresentado um relatório com as operações individualizadas, uma por uma, demonstrando os valores das operações enviadas pelas administradoras de cartões que não foram encontradas nos cupons fiscais de seu estabelecimento, e provar que tais divergências decorreram de operações com mercadorias sujeitas à tributação, sob pena de cercear o seu direito de ampla defesa;
3. o estabelecimento é uma minúscula lanchonete de pequeno movimento, situada em uma estação rodoviária na cidade de Brumado, onde sequer existe máquina de cartão de crédito, tendo juntado fotografias às fls. 111 a 113;
4. o levantamento fiscal reflete valores completamente incompatíveis com as operações comerciais do estabelecimento, superando as reais operações realizadas pelo mesmo, sendo inadmissível que realize vendas nos valores objeto do trabalho fiscal;
5. possui duas filiais com montante de vendas superiores à matriz, ora autuada, como demonstrado nas DMEs entregues à repartição fazendária, e que o faturamento da matriz somado as duas filiais totalizou R\$258.428,49 (em 2006) e R\$111.757,07 (em 2007), entendendo que não houve omissão de saídas de mercadorias;
6. é comum, principalmente em cidades pequenas, que se faça apenas um contrato, ou até mesmo mais de um, para todas as empresas, com as Operadoras de Cartão, cujas empresas utilizam o mesmo contrato, daí a origem das diferenças apuradas;
7. realmente há divergência entre o valor informado à SEFAZ pelas operadoras de cartão de crédito e o valor tributado, tendo em vista que a discordância encontrada pela fiscalização decorreu do fato de que as vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito foram efetuadas por mais de um estabelecimento;
8. não foi considerado que o estabelecimento comercializa, dentre outras, com mercadorias constantes do art. 353 do RICMS-BA/97 e relacionadas no anexo 88 do mesmo regulamento, efetuando o pagamento antecipado no momento de suas compras com a aplicação da MVA;
9. com estas considerações, sustenta que a auditoria deveria ter sido efetuada mediante o confronto das vendas informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções Z” dos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECFs) e/ou com as notas fiscais que sejam referentes às operações pagas com cartão, e o autuante, em demonstrativo apresenta simples relação entre notas fiscais emitidas e vendas com cartão;
10. as filiais que utilizaram as máquinas de cartões de crédito/débito estão em dia com as obrigações tributárias, e manter o pagamento das diferenças apuradas neste auto de infração configura bitributação.

Quanto a infração 02, pugna pelo recolhimento do crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei, tudo na forma do § 2º do Art. 123 do RPAF, aprovado Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, e para tanto, apresenta requerimento a autoridade tributária da

Inspetoria de Fiscalização de Brumado, tendo acostado cópia de DAE no valor de R\$ 659,92 à fl. 114.

Ao final, protestando pela fim, pela produção de provas através de todos os meios em direito admitidos, especialmente juntada posterior de documentos, testemunhas, vistorias, etc..., requer a nulidade por cerceamento de defesa, ou a improcedência do item impugnado.

Na informação fiscal constante às 118 a 120, o autuante contestou as razões defensivas informando:

1. *O relatório completo das operações de crédito/débito individualizadas por operação já está acostado neste PAF às folhas 39 a 100, inclusive discriminando a data, o tipo operação (crédito ou débito), o valor da operação, o número da autorização e o nome da administradora do cartão.*
2. *O Impugnante não é pequena lanchonete, mas restaurante com lanchonete, onde são servidas refeições e lanches: na própria foto apensa à folha 111, colocamos seta onde se vê as mesas do salão do restaurante e, ainda, pela análise de todas as notas emitidas pela empresa, das quais elaboramos demonstrativo das folhas 17 às 38 do PAF onde repetidamente vemos as discriminações: refeições, almoço e jantar. Ainda, como uma pequena lanchonete chegaria a ter 17 (DEZESSETE) EMPREGADOS!!!!, conforme DME agora juntada?*
3. *A alegação de que as operações de cartão se referem ao estabelecimento matriz e também às suas filiais não prospera, pois juntamos agora os relatórios diários de operações TEF dos demais estabelecimentos (inscrições estaduais 51.652.209 e 66.704.253) para provar que TODOS têm suas próprias operações de vendas com cartão devidamente informadas à SEFAZ.*
4. *A sugestão de levantamento a partir das reduções é impossível, pois o Autuado sequer tem ECF; ainda, cumpre ressaltar que o Autuado sequer apresentou o Livro Caixa, destarte ter sido objeto de duas intimações insertas às folhas 05 e 06 do PAF. Destacamos, também, que o levantamento consistiu no cotejo diário de todas as saídas em notas fiscais apresentadas pelo Contribuinte com os totais diários de operações de venda por cartões de crédito/débito informados pelas administradoras, tendo sido cobrado apenas as vendas com cartão que extrapolaram as saídas declaradas (vide folhas 08 a 16 do PAF). Em síntese, é como se considerássemos que o contribuinte apenas vendeu com cartões, desprezando as vendas à vista, portanto, em enorme vantagem para o contribuinte.*
5. *A ação fiscal foi renovada por determinação da 1ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual vez que pela metodologia utilizada na primeira ação fiscal o fato gerador do imposto foi considerado como ocorrido no último dia do exercício fiscal e não mensalmente como entenderam os nobres julgadores que poderia ter sido apurado, conforme transrito:*

"Como os documentos que geraram a exigência fiscal permitiam que o débito tributário fosse apurado mensalmente, não se pode aplicar ao presente caso as disposições contidas no § 2º do artigo 39 do RPAF/99, para considerar o fato gerador do imposto como ocorrido no último dia do exercício fiscalizado, como foi feito pelo autuante.

Considerando que esse método de apuração acarreta claro prejuízo à Fazenda Pública Estadual, que era possível a realização do levantamento do débito por período mensal e que não há como se corrigir esse equívoco mediante diligência (pois haveria majoração do valor originalmente cobrado), mais uma vez se faz necessária a decretação de nulidade do Auto de Infração, por inobservância do devido processo legal ao teor do disposto no art. 39, IV, "a" do RPAF/99."

Foram juntados ao processo DMEs e Relatórios TEF de filiais (fls. 121 a 152).

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 153 e 153v, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e dos elementos a elas acostados, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 155 a 157, argüindo o seguinte.

Tece considerações sobre princípios de Direito, destacando o Princípio da Legalidade Estrita e da Tipicidade Fechada; relação fisco-contribuinte; finalidade da fiscalização, e reafirma todos os termos de sua defesa, repetindo que por ter sido apurada a exigência fiscal com base em presunção, deve apresentar um relatório com as operações individualizadas, uma por uma, demonstrando os valores das operações enviadas pelas administradoras de cartões que não foram encontradas nos cupons fiscais (notas fiscais) de seu estabelecimento, e provar que tais divergências decorreram de operações com mercadorias sujeitas à tributação, sob pena de cercear o direito de ampla defesa.

Diz que na Informação Fiscal não foi reconhecido que as operações de débito e crédito apontadas no auto de infração não guardam proporção com o tipo de negócio da empresa, pois existem inúmeras operações elencadas nos demonstrativos que lastreiam o auto de infração que superam, em muito as reais operações realizadas naquele estabelecimento.

Observa que a ação fiscal guerreada já houvera sido fulminada por determinação da 1ª JJF do Conselho de Fazenda, e que todos esses esclarecimentos já haviam sido feitos, bastaria o autuante verificar que as máquinas de cartão de crédito/débito são utilizadas nas filiais.

Finaliza reiterando todos os termos de sua defesa, pugnando pela sua total procedência nos termos ali dispostos.

Constam às fls. 159 a 160, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$460,00.

Conforme despacho de diligência às fls. 162 e 163, em 24/11/2011, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para que:

- a) fosse intimado o autuado, concedendo o prazo razoável, para que o mesmo apresentasse demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações;
- b) após a conferência dos valores dos cupons fiscais/notas fiscais com os valores constantes no Relatório TEF diário, resultante da providência constante no item anterior, se restar alguma diferença, fosse aplicado o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, tomando por base o percentual das entradas tributadas constantes nas notas fiscais de aquisição.

Consta à fl. 167, um pedido do autuado para que fosse fornecida uma cópia do resultado da diligência do auto de infração em questão.

O autuante presta a informação, fl. 169, dizendo que o autuado foi intimado em 09/01/2012, a apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, o demonstrativo solicitado pelo órgão julgador, mas o mesmo permaneceu silente, e diz que ficou impossível o cumprimento do pedido do órgão julgador. Acostou ao processo o resultado da diligência, fls. 169, e de duas intimações, fls. 107 e 171.

A Infaz de Brumado expediu intimação, fls. 173, cientificando o contribuinte do resultado da diligência fiscal, porém, não houve qualquer manifestação de sua parte no prazo estipulado de 10 (dez) dias.

Em 16/03/2012, o autuado justificando o não atendimento à intimação acima citada, se manifesta à fl. 177, argüindo que apresentou, no inicio da ação fiscal todos os documentos exigidos pela fiscalização. Reitera que os relatórios que justificam a exação fiscal não são confiáveis, não podendo, no seu entender, a esta altura processual, ser intimado a apresentar um demonstrativo, inclusive com provas, que justifique a lisura de sua escrita. Ressalta que não tem a obrigação legal de apresentar tal demonstrativo, e que o autuante informou à fl. 119, que tal relatório já existe.

Conclui dizendo que a demonstração de justificação do auto de infração não foi devidamente apresentada pelo autuante, e reitera todos os termos de sua defesa, pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

Considerando que:

1. foi verificado no Sistema Informatizado da SEFAZ que o estabelecimento na data dos fatos geradores se encontrava no Regime Simplificado do SIMBAHIA, somente passando para o Regime Normal de Apuração em 31/12/1998, fato não observado pela fiscalização, e portanto, sem que tivesse sido deduzido do débito apurado o crédito de 8% previsto no § 1º do artigo 408-S do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto;
2. não consta no autos o comprovante da entrega dos “Relatório Diário por Operações – TEF” (Transferência Eletrônica de Fundos), fls. 39 a 100, do estabelecimento autuado, de modo a permitir que o sujeito passivo possa apresentar demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações.

Foi decidido na Pauta Suplementar desta data, baixar o processo em diligência à INFRAZ DE ORIGEM, para que o autuante adotasse as providências constantes no despacho de diligência à fl. 182, quais sejam:

1. refizesse as planilhas constantes às fls.08 a 38, com a dedução do crédito de 8% das saídas omitidas sobre o débito apurado.
2. após o cumprimento da providência anterior, elaborasse novo demonstrativo de débito de cada período resultante das alterações efetuadas.

Foi recomendado que após o cumprimento da diligência, fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação cópia dos documentos constantes às fls. 39 a 100 (TEF Diários) e novos elementos acostados por força da diligência.

O autuante atende à determinação do órgão julgador e informa que foram refeitas as planilhas para dedução do crédito de 8% das saídas omitidas, tendo elaborado novo demonstrativo do débito, conforme documentos às fls. 188 a 197.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.198 e verso, o sujeito passivo foi cientificado da dos novos elementos acostados ao processo pelo autuante, sendo-lhe entregues cópia, o qual, se manifestou às fls. 200 a 206, argüindo o seguinte.

Após comentar o motivo da autuação, qual seja, a diferença no confronto entre os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito e os valores lançados no TEF, alegou que ao ser determinada diligência para o refazimento das planilhas considerando o abatimento do crédito de 8%, olvidou a 2ª JJF de determinar a revisão fiscal por preposto da ASTEC/CONSEF, caracterizando cerceamento de defesa.

Esclarece que fora autuado (AI nº 232185.0201/10-4) sobre a mesma matéria, sendo julgado nulo o lançamento através do Acórdão nº JJF nº 0380-01/10. Sustenta que precisam ser levadas com conta as suas justificativas apresentadas em sua manifestação anterior, pois todas as alegações

defensivas foram rechaçadas pelo autuante, devendo, no seu entender ser adotada a mesma providência do Acórdão JJF 0001-02/10, sob pena de cerceamento de defesa.

Repete que já esclareceu o motivo das divergências apurada no trabalho fiscal, em razão do estabelecimento ser uma minúscula lanchonete situada numa rodoviária de pequeno movimento.

Lembra sua informação de que possui filiais com montante de vendas superiores à matriz, e que o faturamento da matriz, somado ao das filiais, demonstra que nunca houve omissão de saídas, inclusive que bastaria o autuante ou uma diligência que atendesse o princípio da impessoalidade, constataria que as máquinas de cartão de crédito/débito eram utilizadas nas filiais.

Confirma as divergências apuradas no levantamento fiscal, e se coloca impossibilitado de atender a diligência para apresentar provas, por se tratar de exercícios de 2006/2007.

Argumenta que a autuação não pode prosperar porque se baseia em relatório diário de operações TEF considerando que todas as operações são da matriz. Além disso, repete que as mercadorias comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária conforme artigo 353 do RICMS/97 e relacionadas no Anexo 88 do citado regulamento.

Alega que não foram consideradas as provas apresentadas, caracterizando agressão aos princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, pois desde o inicio disse que a máquina de cartão nunca foi usada pela empresa em operações comerciais, inclusive não permanecia no estabelecimento autuado, mas sim foram utilizadas nas suas filiais.

Reitera seu pedido de diligência, por fiscal estranho ao feito, a fim de que sejam devidamente apurados os fatos mediante verificação em sua escrita, não lhe cabendo o ônus de provar que as operações elencadas no TEF não seriam suas. Comenta sobre o ônus de prova, inclusive citando lições de renomados professores sobre esta questão.

Conclui reiterando todos os termos de sua defesa, e pugnando pela improcedência do auto de infração.

À fl. 210 o autuante toma ciência da apresentação da manifestação defensiva, sem, contudo, prestar qualquer comentário.

VOTO

Analizando a preliminar de nulidade suscitada na defesa pelo sujeito passivo, observo que não lhe assiste razão em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.
- c) nas informações fiscais o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito, merecendo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, após a segunda informação fiscal, tendo o autuado recebido cópia da mesma com a correção do débito do item 01, sendo o sujeito passivo intimado (fl. 198 e verso) do novo prazo de defesa, 30 (trinta) dias, para se manifestar, e nada apresentou para comprovar sua alegação de que a máquina foi utilizada por outra filial.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para que a ASTEC/CONSEF procedesse revisão do lançamento, este foi realizado pelo próprio autuante, conforme será analisado por ocasião do exame do mérito. Ressalto que o órgão julgador só encaminha o processo à ASTEC/CONSEF, quando se trata de questões em que não cabe ao autuante apreciar.

No mérito, o Auto de Infração contempla duas infrações, sendo que o sujeito passivo reconheceu o cometimento da infração descrita no item 02, relativa falta de apresentação do Livro Caixa, e efetuou o recolhimento da multa no valor de R\$460,00, conforme comprovam os documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, constante às fls. 159 a 160.

Quanto à infração 01, a acusação fiscal diz respeito a 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.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (fls. 08 a 38), na qual, se encontram especificados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras; as vendas apuradas em notas fiscais, a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; e o imposto devido calculado à alíquota de 17%.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 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.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão encontram-se acostados ao processo, fls. 39 a 100, foram entregues, em 05/07/2012, conforme Ciência da Conclusão de Diligência Fiscal constante à fl. 198.

Além disso, verifico que também foram entregues ao autuado cópia das folhas 18 a 120, 125 a 131, 134 a 152, referentes à informação fiscal e TEF-Diários das filiais, conforme intimação e AR dos Correios à fl. 153 e verso.

Considerando a alegação defensiva de que o autuante não considerou que o estabelecimento comercializa, dentre outras, com mercadorias constantes do art. 353 do RICMS/97 e relacionadas no Anexo 88 do mesmo regulamento, efetuando o pagamento antecipado no momento de suas compras com a aplicação da MVA.

Considerando que o estabelecimento, segundo o que consta no sistema da SEFAZ, exerce a atividade Cod. 5611201 – Restaurantes e Similares, e que adquire mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O processo foi baixado em diligência para que o sujeito passivo, apresentasse demonstrativo correlacionando suas vendas com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, porém o autuado não apresentou qualquer documento nesse sentido, tendo o autuante se posicionado impossibilitado de cumprir a diligência determinada pelo órgão julgador. Observo, inclusive, que o autuado tomou conhecimento da informação do autuante, conforme intimação à fl. 173, e não mais se manifestou.

Depois de concluída a instrução do processo, em 10/04/2012, para fins de julgamento, foi feita a juntada de manifestação do autuado, fl. 177, no sentido de que não tem a obrigação legal de apresentar o aludido demonstrativo.

Desta forma, para elidir os valores apurados no levantamento fiscal, ou seja, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário” recebidos, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, através de demonstrativo analítico com as devidas provas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram submetidos à tributação, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Portanto, não acolho o argumento defensivo de que não é sua obrigação apresentar as provas solicitadas pelo órgão julgador.

Considero não elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, visto que o autuado não cumpriu ao pedido da fiscalização para apresentar levantamento relacionando suas vendas com as informações das administradoras dos cartões, bem como, não comprovou suas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o que tornou impossível adotar a proporcionalidade do débito na forma prevista na IN 56/2007.

Além do mais, verifico que o documento apresentado na defesa nada mais é do que uma cópia do levantamento fiscal, cabendo ressaltar que, conforme planilha à fl. 07-A, as operações informadas pelas administradoras, no ano de 2006, totalizam a cifra de R\$340.142,49, enquanto que os valores das operações de saídas declaradas constantes nas DMA’s às fls. 09 a 20, sem correlação com os TEF, foram declarados em valores inferiores.

Verifico, ainda, que o contribuinte autuado no ano de 2006 se encontrava no Regime do SIMBAHIA, somente passando para o Regime Normal de Apuração em 31/12/1998, conforme consta no sistema cadastral da SEFAZ, fato não observado pela fiscalização. Desta forma, nos termos do § 1º do artigo 408-S do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, é cabível a dedução do crédito de 8%, sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, pois o débito foi calculado pelo regime normal.

Além disso, constatei que não constava nos autos o comprovante da entrega dos “Relatórios Diário por Operações – TEF” (Transferência Eletrônica de Fundos), fls. 39 a 100, do estabelecimento autuado, de modo a permitir que o sujeito passivo possa apresentar demonstrativo acompanhado das respectivas provas, correlacionando as vendas realizadas no modo de pagamento cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado e pela filial, com as informações constantes no Relatório TEF por Operações.

Por conta disso, o processo foi baixado em diligência à INFRAZ DE ORIGEM, para que o autuante adotasse as providências constantes no despacho de diligência à fl. 182, qual seja, refizesse as

planilhas constantes às fls. 08 a 38, com a dedução do crédito de 8% das saídas omitidas sobre o débito apurado, no que foi atendido pelo autuante, conforme documentos às fls. 188 a 197.

Considerando que o autuado foi cientificado dos novos elementos acostados ao processo por força da diligência requerida pelo órgão julgador, conforme documento à fl. 198, com a reabertura do prazo de defesa por trinta dias, e na sua manifestação às fls. 200 a 206, e não apontou erro na sua apuração, limitando-se a reiterar suas razões de defesa, que já foram comentadas anteriormente, entendo que deve ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Com referência a pretensão do autuado para que fosse dado o mesmo tratamento ao AI nº 232185.0201/10-4, pela nulidade do lançamento, em que pese tratar de acusação idêntica, as circunstâncias entre os dois processos são diversas.

Sendo assim, tomando por base os demonstrativos refeitos pelo autuante às fls. 188 a 196 e resumido à fl. 197, a configuração do débito da infração 01, passa a ser seguinte:

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq. (%)	Vr.do Débito	Crédito 8%	VL.Devido	Multa (%)
31/01/2006	09/02/2006	10.601,88	17	1.802,32	848,15	954,17	70
29/02/2006	09/03/2006	8.186,41	17	1.391,69	654,91	736,78	70
31/03/2006	09/04/2006	14.178,12	17	2.410,28	1.134,25	1.276,03	70
30/04/2006	09/05/2006	6.736,41	17	1.145,19	538,91	606,28	70
31/05/2006	09/06/2006	5.989,94	17	1.018,29	479,20	539,10	70
30/06/2006	09/07/2006	6.291,65	17	1.069,58	503,33	566,25	70
31/07/2006	09/08/2006	13.616,18	17	2.314,75	1.089,29	1.225,46	70
31/08/2006	09/09/2006	10.040,59	17	1.706,90	803,25	903,65	70
30/09/2006	09/10/2006	9.122,76	17	1.550,87	729,82	821,05	70
31/10/2006	09/11/2006	10.637,00	17	1.808,29	850,96	957,33	70
30/11/2006	09/12/2006	9.723,29	17	1.652,96	777,86	875,10	70
31/12/2006	09/01/2007	15.455,12	17	2.627,37	1.236,41	1.390,96	70
			TOTAL	20.498,49	9.646,35	10.852,16	

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.0004/11-2, lavrado contra **MEIRA E RAMOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.852,16**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da MULTA por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XX do citado dispositivo legal, devendo ser homologado o valor recolhido através do DAE à fl. 114.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA