

PROCESSO	- A. I. Nº 211329.0032/11-2
RECORRENTE	- CARJUR COMERCIAL DE PROD AGROPECUÁRIOS DE PISCINA E LAZER LTDA. (CARJUR LOG LTDA. - SOLARIUM - ME)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0112-01/14
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 23/07/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0155-11/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE VALORES REFERENTES AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO, IMPLICANDO FALTA DE PAGAMENTO DE PARTE DO ICMS, EM VIRTUDE DE ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. **b)** 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 PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES [CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL]. Fatos demonstrados nos autos. Omissão de saídas apuradas por presunção Legal. Inversão do ônus da prova ao contribuinte. Razões de apelo desprovidas de elementos probatórios. Multa cominada prevista legalmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão proferida pela 1ª JJF que Julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 30/06/2011, com o objetivo de exigir do ora Recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 27.232,52 (vinte e sete mil duzentos e trinta e dois reais e cinquenta e dois centavos), em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01. Falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando a falta de pagamento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [sic]. Valor da exigência: R\$ 19.361,85;

02. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Valor da exigência: R\$ 7.870,67.

Após a apresentação da defesa (fls. 75/78), prestação de informações fiscais (fls. 87/95) e realização de procedimentos de diligência, a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 1ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 22/05/2014.

VOTO

Compõe-se este Auto de Infração de dois lançamentos: o 1º refere-se à falta de recolhimento de ICMS, com multa de 75%, e o 2º, também à falta de recolhimento de ICMS, com multa de 150%, tratando-se em ambos os casos de ICMS devido por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional.

O contribuinte na defesa alegou que quase todas suas operações são isentas, e quando não são isentas se referem a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o imposto pago por

anticipação. Reclamou também das multas de 75% e de 150%.

Em face dessas alegações, e tendo em vista que foi feita alusão a operações isentas e de operações com mercadorias do regime de substituição tributária, e considerando-se ainda que no item 2º do Auto, embora não conste na descrição do fato – como devia –, o autuado era inscrito na condição de optante pelo Simples Nacional, circunstância relevante neste caso, haja vista os critérios de determinação do imposto devido, alíquota, multa, etc., além da complexidade dos aspectos envolvidos, por decorrer da implantação de um roteiro de fiscalização ainda em fase de aperfeiçoamento, foi determinada a remessa dos autos em diligência à repartição de origem, a fim de que a autoridade autuante fornecesse ao contribuinte, em papel, os Relatórios de Informações TEF Diários das vendas efetuadas mediante cartões, ou seja, os extratos analíticos diários com especificação das vendas feitas através de cartões de débito e crédito, contendo os registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, relativamente a cada instituição financeira ou administradora de cartões, separadamente, operação por operação, para que o autuado fizesse o cotejamento com os seus boletos.

Em outra diligência, foi solicitado que se verificasse realiza operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e operações isentas, e, se fosse o caso, que fosse adotado o critério da proporcionalidade das operações efetivamente tributáveis pelo ICMS, excluindo-se da receita bruta as operações isentas e as operações com mercadorias do regime de substituição tributária.

Quanto à primeira diligência, feita a entrega dos Relatórios de Informações TEF Diários, o contribuinte discorreu acerca da natureza do seu ramo de atividade, reiterando que quase a totalidade das mercadorias comercializadas goza de isenção, e, quando as operações não são isentas, são enquadradas no regime de substituição tributária, sendo o imposto pago antecipadamente. Reitera que em grande parte das operações através de cartões a entrega ao comprador é feita em domicílio, sendo necessariamente acompanhada da respectiva Nota Fiscal, sem a qual resta impossibilitado o transporte.

Quanto aos valores informados pelas administradoras de cartões, o contribuinte alega que quando a venda é realizada com a condição de entrega em domicílio a emissão da Nota Fiscal ocorre em momento diferido do pagamento, e só é emitido o documento fiscal na data da entrega, fato este que enseja o desencontro de informações quando confrontadas as Notas Fiscais com a data e valor de cada operação feita através de cartão. Alega ainda que o Relatório TEF individualizado que foi anexado aos autos não lhe possibilita confrontar cada operação com as vendas efetivamente realizadas, uma vez que é conduta normal o comprador pagar parte em dinheiro e parte em cartão. A seu ver, corrobora para essa impossibilidade o fato de que por vezes o frete das mercadorias entregues no domicílio do comprador é pago através de cartão de crédito, e isso prova que não podem ser considerados todos os valores constantes no Relatório TEF.

Conforme foi assinalado na diligência, a finalidade da entrega dos Relatórios de Informações TEF Diários contendo os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, por instituição financeira, operação por operação, é para que o autuado possa efetuar o cotejamento com os seus boletos, fazendo a conferência da natureza de cada operação no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento emissor de cupons fiscais (ECF), de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

O contribuinte não se preocupou em fazer tal conferência. Em suma, não fez prova do que alega, embora tivesse meios de fazê-las.

Quanto à segunda diligência, no sentido de que fosse verificado se o contribuinte comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e se ele efetua operações isentas, o contribuinte foi intimado no sentido de demonstrar os valores das operações tributadas, isentas ou tributadas por antecipação, pediu prorrogação do prazo para atender à intimação, e por fim não atendeu a contento ao que foi solicitado.

Ou seja, se de fato o contribuinte efetua operações enquadradas no regime de substituição tributária e isentas, deveria demonstrar a proporcionalidade de tais operações em função do montante das operações do estabelecimento.

Como não foi feita essa prova, examinarei essa questão das operações isentas em tese, haja vista haver quem entenda que as operações isentas de ICMS devem ser tributadas mesmo assim, em se tratando de contribuinte inscrito no Simples Nacional, por estar sujeito a um regime de apuração em função da “receita bruta”, entendendo-se como receita bruta o produto da venda de bens e serviços, não importando se as operações são isentas ou não.

A interpretação do direito em tal caso requer acuidade, de modo a saber se operações isentas de ICMS devem ser tributadas pelo ICMS pelo fato de o contribuinte estar inscrito no chamado Simples. A interpretação dessa questão exige uma breve incursão pela teoria da hermenêutica jurídica e da norma jurídica.

O ideal seria que existisse no mundo apenas uma lei, com um só artigo, contendo todas as prescrições positivas e negativas de forma compreensível e bem sucinta, de modo que se pudesse ler de um só fôlego.

Claro que isso não é possível, porque as situações do mundo real são infinitas, complexas e heterogêneas.

Existem muitas leis, decretos, resoluções, portarias, instruções, avisos, etc. Cada lei, cada decreto, cada ato normativo, enfim, é composto de artigos, que são desmembrados em incisos, alíneas e itens e particularizados em parágrafos. Da mesma forma que existem leis que completam, explicam ou excepcionam outras leis, também existem disposições no bojo de uma mesma lei que completam, explicam ou excepcionam outras disposições da mesma lei. Cabe ao intérprete buscar nos enunciados das leis e demais atos normativos a prescrição aplicável a cada situação concreta do mundo dos fatos. Não se pode interpretar uma lei de forma isolada, fechando os olhos para o ordenamento jurídico como um todo. E também não se pode ler um artigo, inciso, alínea ou parágrafo de lei, isolando-o do resto da lei.

Na formulação de uma lei sobre tributo, o legislador utiliza-se de prescrições positivas e negativas para definir o fato tributário (regra-matriz tributária) e as situações de não-incidência e isenção. As prescrições positivas consistem nos dispositivos que cuidam da descrição do fato passível de tributação. Nesses mesmos dispositivos que descrevem o fato tributário, pode o legislador fazer a ressalva das situações isentas, ou seja, das prescrições negativas. Porém o mais comum é o legislador dispor em capítulos distintos os fatos tributáveis e os fatos isentos.

Pode o legislador, por questões didáticas, para facilitar a compreensão do intérprete leigo, fazer constar no enunciado do artigo ou artigos que descrevem o fato tributário uma remissão (remessa, referência) a outro artigo ou artigos que prevejam isenções, como também, por questão de didática, pode o legislador fazer o cruzamento em sentido inverso, fazendo constar nos dispositivos que cuidam da isenção uma ressalva dizendo que naqueles casos não se aplica a regra geral que prevê a incidência da tributação.

Mas o legislador não tem obrigação de ser didático. O dever do legislador é ser técnico. O papel do legislador é legislar; o do intérprete, interpretar. Para saber se determinado fato é tributável ou isento, deve o intérprete construir a norma jurídica resultante do cotejo das prescrições positivas e negativas, para identificação dos fatos efetivamente tributáveis, excluídos os fatos imunes, isentos ou não tributáveis, total ou parcialmente, por qualquer razão.

Em suma, à luz da teoria da incidência da norma jurídica, não existe uma norma de tributação, uma norma de imunidade, uma norma de isenção, isoladamente consideradas: há apenas uma norma – a norma de tributação –, que é o resultado das prescrições positivas e negativas contidas no ordenamento jurídico relativamente a determinada situação. Ou seja, tal como numa operação aritmética, a norma de tributação resulta da soma das prescrições positivas (regra geral de tributação ou regra-matriz tributária, contendo a descrição do fato típico tributário) menos as prescrições negativas (exceções à regra geral de tributação).

Ao se acusar a falta de recolhimento de ICMS de operações isentas de ICMS relativamente a vendas efetuadas sem documentação fiscal, inclusive no caso de negócios informados por instituições financeiros ou administradoras de cartões de crédito e débito, deve o intérprete atentar para o texto da lei, para verificar se ela prevê que operações isentas de ICMS devam ser tributadas pelo ICMS em virtude do fato de no regime do Simples o imposto ser apurado em função da “receita bruta”.

Ora, se o que está sendo cobrado é ICMS, não se pode perder de vista que o ICMS tem como fato gerador operações de circulação de mercadorias (ou prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, que não vêm ao caso). Quando, no caso do Simples, o legislador se refere a “receitas”, assim o faz por questão de linguagem, a fim de uniformizar a terminologia, já que o Simples envolve outros tributos, e para todos eles a base de cálculo é apurada em função da receita. Isso não significa, contudo, que, no tocante ao ICMS, o fato gerador passe a ser a “receita bruta”. O fato gerador do ICMS, no tocante às operações mercantis, continuam a ser as operações tributáveis segundo a legislação do próprio ICMS. A “receita” não é fato gerador de ICMS – a receita é aspecto ligado à base de cálculo, desde que tal receita decorra de operação tributável pelo ICMS.

Por conseguinte, quando se diz que o cálculo do Simples é feito com base na “receita bruta”, é preciso que o intérprete, valendo-se do critério da interpretação sistemática, se aperceba de que por “receita bruta” se deve entender a “receita bruta tributável”, valendo-se evidentemente dos enunciados das prescrições positivas e negativas da legislação de cada tributo. Se o imposto em discussão é o ICMS, por “receita bruta” deve-se entender a receita bruta “tributável” pelo ICMS. Havendo previsão expressa de que são isentas determinadas operações, e se o imposto que está sendo cobrado é o ICMS, o lançamento não tem sustentação legal. A não ser que o que esteja sendo cobrado não seja ICMS, e nesse caso o lançamento deveria ser feito explicitando qual o tributo que está sendo cobrado. O Simples não é um tributo. O Simples é um aparato técnico-jurídico de apuração, recolhimento e repartição de tributos, mediante um regime único de arrecadação, mas não constitui uma espécie nova de tributo.

Ouve-se dizer por aí, em interpretações apressadas, que as operações isentas devem ser tributadas pelo Simples porque assim preveria a Lei Complementar nº 123/06. Os defensores dessa ideia baseiam-se nos §§ 4º, 20 e 21 do art. 18 da supracitada lei complementar.

Demonstrarei que o § 20 do art. 18 prevê exatamente o contrário: prevê a redução.

Mas, antes, atente-se para o § 4º. Diversamente da dicção desse dispositivo, há quem diga que esse § 4º não prevê as exclusões das operações isentas. Se fosse verdade que esse parágrafo não previsse a exclusão das operações isentas, seria o caso de lembrar que a lei não precisa prever o óbvio, pois seria pleonástico, redundante, a lei dizer que operações isentas não são tributáveis, haja vista que, se as operações são isentas, estão excluídas de plano do cálculo do ICMS, independentemente de o legislador reiterar, desnecessariamente, sua exclusão.

Porém o § 4º do art. 18 da LC 123/06 não diz nem que se incluem, nem que se excluem as operações isentas. O que esse dispositivo prevê, certamente para fins estatísticos ou outros que não interessam aqui, é que o contribuinte deverá “considerar, destacadamente”, para fins de pagamento, as receitas ali detalhadas. Considerar destacadamente não significa nem incluir, nem excluir – significa apenas que devem ser indicadas de forma destacada, separadamente, as receitas ali especificadas, dando-se realce às receitas de mercadorias sujeitas a substituição tributária e de mercadorias exportadas para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou consórcio.

Portanto, o que o legislador prevê é que o contribuinte deve considerar, destacadamente (ou seja, informar separadamente) as receitas ali especificadas. “Considerar destacadamente” não significa nem “incluir” nem “excluir” – significa apenas “informar individualizadamente”.

Embora eu não costume transcrever nos meus votos dispositivos de lei, pois eles são do conhecimento geral, farei neste caso a transcrição dos dispositivos em apreço, a fim de que se investigue onde é que a referida Lei Complementar 123 preveria a tributação de receitas (operações) isentas.

Eis o texto:

“Art. 18.

.....
§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;

II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;

III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.” (grifei)

Passo ao exame do § 20:

“§ 20. Na hipótese em que o Estado, o Município ou o Distrito Federal concedam isenção ou redução do ICMS ou do ISS devido por microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda determine recolhimento de valor fixo para esses tributos, na forma do § 18 deste artigo, será realizada redução proporcional ou ajuste do valor a ser recolhido, na forma definida em resolução do Comitê Gestor.” (grifei)

Portanto, havendo isenção ou redução do ICMS, esse dispositivo prevê que do valor a ser recolhido será realizada redução proporcional ou ajuste – ou seja, será abatida do valor a ser recolhido a parcela correspondente à isenção ou redução.

Haverá algo mais claro do que isso? Se o legislador diz (§ 20) que do valor a ser recolhido deva sem abatida, proporcionalmente, a parcela correspondente à isenção ou redução, isso significa o quê?

Ora, significa simplesmente o óbvio: o que é isento não é tributável...

Analiso agora o § 21:

“§ 21. O valor a ser recolhido na forma do disposto no § 20 deste artigo, exclusivamente na hipótese de isenção, não integrará o montante a ser partilhado com o respectivo Município, Estado ou Distrito Federal.” (grifei)

Essa regra não tem nada a ver com incidência tributária. Essa regra cuida é da partilha dos valores arrecadados, a ser feita entre os Entes Tributantes, já que o Simples envolve tributos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ou seja, o que o § 21 prevê é que, havendo isenção, o valor a ser recolhido pelo contribuinte, na forma do § 20 (ou seja, abatida a isenção ou redução), não integrará o montante a ser partilhado com o respectivo Ente Tributante.

A regra é clara e corretíssima. Se o Estado ou o Município concedeu uma isenção, a receita bruta será calculada abatendo-se a parcela isenta, e, como é lógico, ao ser feita, depois, a partilha do valor pago, deve ficar fora da partilha o Estado ou o Município que concedeu a isenção.

De fato, seria um absurdo que o Estado, por exemplo, concedesse uma isenção, mas na hora da partilha recebesse parte dos tributos atribuídos ao município, que não concedeu isenção dos serviços de sua competência.

Do mesmo modo, sendo o Município que concedesse a isenção, seria o município que ficaria fora da partilha, não sendo justo que ele recebesse parte dos tributos atribuídos aos outros Entes Tributantes.

Por conseguinte, quem concede a isenção, total ou parcial, fica sem direito à arrecadação relativamente ao que é isento, total ou parcialmente. É por isso que o legislador emprega a expressão redução proporcional ou ajuste do valor a ser recolhido (§ 20). E é também por isso que o legislador, ao dizer quem fica fora da partilha do montante a ser partilhado, se refere ao “respectivo Município, Estado ou Distrito Federal” (§ 21).

Incorre em erro, portanto, quem porventura confundir o conceito de incidência do tributo com o de partilha dos valores arrecadados a ser feita entre os Entes Tributantes.

Porém, conforme salientei de início, estas considerações são feitas em tese, para situações em que, comprovadamente, haja operações isentas de ICMS, porque, se existe previsão de isenção, não tenho a mais mínima dúvida de que os valores relativos a operações isentas são indevidos, haja vista previsão expressa nesse sentido. Acabo de demonstrar que, à luz do § 20 do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, as operações isentas não integram a base tributável.

Mas, repito, essas considerações são feitas em tese, para situações em que haja de fato operações isentas.

Passo agora ao exame do caso concretamente configurado nestes autos. Para isso, há que se verificar se existem efetivamente operações isentas de ICMS, ou meras alegações sem provas.

Nesse sentido, há um problema: é que o contribuinte, embora alegue que quase todas as suas operações seriam isentas e, quando não são isentas, dizem respeito a mercadorias do regime de substituição tributária, ele não se preocupou em indicar quais seriam tais operações e não fez prova do que alega. Em sua manifestação às fls. 4325/4328, alega que atua no ramo de comércio varejista de produtos e equipamentos agropecuários, materiais para cerca elétrica, máquinas e equipamentos para produção de alimentos, lazer, móveis, etc. As operações com essas mercadorias são tributadas, e a tributação é feita pelo regime normal de apuração do imposto.

Desse modo, as alegações da defesa não correspondem aos fatos.

Resta apreciar a reclamação do autuado quanto às multas aplicadas, em especial a multa de 150%, do 2º item do Auto. A descrição do fato neste item 2º omitiu um dado fundamentalíssimo: não é dito que o autuado é optante pelo regime do Simples Nacional. Na tipificação da multa desse item 2º, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que a multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%, como foi posta no Auto.

Se a multa do item 2º fosse de 150%, a do item 1º também seria de 150%. Demonstrarrei que o autuante aplicou erroneamente a multa de 150% no item 2º, em vez de 75%.

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”. Portanto, a multa não é duplicada “sempre”, mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinações ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nestes autos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata.

Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração não é qualificada, a multa aplicável é a básica, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96.

A multa do item 2º, tal como a do item 1º, é de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96.

Em suma, a impugnação do autuado concentrou-se basicamente apenas no item 2º. Foi determinada diligência para que ele, de posse dos Relatórios de Informações TEF Diários, fizesse prova de que no levantamento fiscal foram lançados valores indevidos. O autuado não se desincumbiu desse ônus. Em outra diligência, foi determinado que se intimasse o contribuinte para provar que no período objeto do levantamento houve operações isentas ou tributadas por antecipação. O contribuinte não atendeu a contento à intimação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém corrigindo a multa do item 2º para 75%, pelas razões acima declinadas.

Como é possível constatar da análise do voto do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 1ª JJF, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, entenderam por bem afastá-las e julgar Procedente o lançamento de ofício, readequando, contudo, a multa qualificada proposta para a infração capitulada no item 2 para 75%.

Em apertada síntese, o órgão julgador *a quo* fundamentou a sua decisão no fato de o contribuinte se restringir a alegar que suas operações são isentas ou realizadas com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sem colacionar aos autos provas documentais aptas a comprovar suas assertivas.

Pontuou que o impugnante não logrou comprovar o alegado, mesmo após a realização de diligências.

Inconformado, o contribuinte interpôs **Recurso Voluntário** (fls. 4733/4744), sustentando que, ao contrário do afirmado pela decisão de base, comprovou as suas alegações ao carrear aos autos diversas notas fiscais por ele emitidas no período fiscalizado, nas quais estão descritos os produtos comercializados por ela comercializados.

Diz ser impossível confrontar cada operação com as vendas efetivamente realizadas, pois é conduta corriqueira que a venda seja paga parte em dinheiro e parte em cartão, bem assim que o relatório não informa qual o produto foi comercializado, nem mesmo os valores correspondentes ao frete e demais despesas.

Aduz que da simples análise dos documentos constatar-se-á que se trata de saídas de produtos isentos, na forma do art. 20 do RICMS/97, bem como, de produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária com fase de tributação já se encontra encerrada, sendo despiciendo a demonstração da proporcionalidade. Conclui que a manutenção da exigência implica em *bis in idem*.

Sustenta ser nulo o Auto de Infração por que lavrado com base nos relatórios fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e débito, sendo este um entendimento já pacificado no Tribunal de Justiça.

Questiona a aplicação da multa de 75%, uma vez que, segundo afirma, recolheu ICMS sobre a totalidade das operações realizadas no período que não estavam abarcadas pela isenção ou pela substituição tributária, requerendo, afinal, seja declarada a improcedência do lançamento.

Sem opinativo da PGE/PROFIS em face do valor envolvido.

VOTO

O recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Passo então a apreciação das razões de apelo aduzidas pelo Recorrente.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade arguida em razão de o Auto de Infração ter sido lavrado a partir das informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito.

Com efeito, não vislumbro quaisquer ilícitos no procedimento adotado pelo Estado da Bahia no sentido da utilização dos relatórios fornecidos pelas empresas administradoras de cartões de crédito, haja vista que o fornecimento destes relatórios é expressamente autorizado pelo próprio

contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal nos termos do quanto consignado no Convênio ECF 01/2010.

Quanto ao mérito, também não assiste razão ao Recorrente. De fato, constato que foram carreadas aos autos diversas notas fiscais que o Recorrente alega fazer prova de que as mercadorias que revende ou são isentas ou são submetidas ao regime de substituição tributária.

Todavia, a juntada dos documentos, por si só, não é suficiente para elidir exigência.

Ocorre que nos termos do quanto previsto no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, a acusação de omissão de saídas apurada a partir de divergências entre os dados constantes dos relatórios TEF, fornecidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito, e os valores constantes dos relatórios Reduções Z extraídos dos equipamentos emissores de cupom fiscal, se dar por presunção. Presunção esta expressamente autorizada por lei.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;

Nestas hipóteses, como o próprio texto da norma enuncia o ônus da prova é invertido para o contribuinte a quem cabe desconstituir a acusação a partir da apresentação de elementos probatórios.

No presente caso, caberia ao Recorrente proceder ao cotejo de suas operações diárias para as quais foram emitidos os documentos fiscais com os valores constantes dos relatórios TEF de modo que restasse comprovada a regularidade de suas operações. Tendo se desincumbido de tal tarefa, não vislumbro como acolher as razões de apelo.

Por idêntico fundamento, entendendo adequada a aplicação da penalidade, pelo que mantenho a Decisão de base em todos os seus termos e pelos próprios fundamentos. Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 211329.0032/11-2, lavrado contra CARJUR COMERCIAL DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS DE PISCINA E LAZER LTDA. (CARJUR LOG LTDA. - SOLARIUM - ME), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$27.232,52, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2015.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS