

PROCESSO - A. I. Nº 178891.6008/13-8
RECORRENTE - VINHAS E CAZAES RESTAURANTES LTDA. (SENTOLAS RESTAURANTE) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0113-05/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/17

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 declaração de vendas feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração não elidida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JF, a qual, no Acórdão nº 0113-05/17, considerou Procedente a ação fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$458.357,01, acrescido de multa de 70%, e 100% em decorrência da seguinte infração:

Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado, às fls. 41 a 57, apresentou impugnação, através de advogado habilitado nos autos, arguindo, inicialmente, a nulidade do Auto de Infração impugnado, tendo em vista a ausência de elementos indispensáveis para a lavratura da autuação infringindo o direito do autuado ao cerceamento do contraditório e da ampla defesa.

O autuante, na informação fiscal (fl. 119), declarou que intimou o contribuinte, *in loco*, conforme Termo de Intimação apenso à fl. 08 deste PAF, no dia 08/07/2013. Nesta intimação foram detalhados os documentos e livros fiscais requeridos pelo autuante, de forma clara e inequívoca.

Registra que na mesma intimação foi explicitado o direito inerente ao contribuinte de candidatar-se ao benefício da Instrução Normativa nº 56/2007. Acrescenta que, no momento da entrega desta intimação, também foi fornecido ao contribuinte um CD (vide recibo de entrega à fl. 09 deste PAF), onde constava uma planilha, não preenchida, em formato Microsoft/Excel, para facilitar o trabalho do contribuinte de informação das compras, com vistas ao citado benefício.

Explica que no dia 12/07/2013, o contribuinte apresentou uma declaração (anexa à fl. 14 do PAF), assinada pela sócia Gleidecilene Vinhas de Jesus Martins, dizendo que só tinha a apresentar o livro de Ocorrências.

Pontua que as alegações do autuado, referentes a cerceamento de defesa, falta de provas e inconstitucionalidade, carecem de fundamentação legal, dado que a apuração de presunção de omissão de saídas já foi amplamente discutida e julgada por este CONSEF, inclusive no que tange à intimação de dados para a concessão de proporcionalidade.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com decisão de teor adiante reproduzido:

VOTO

“O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a exigência do ICMS por presunção de omissão de saída, prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

Conforme relatado, a 2ª Instância, através do Acórdão CJF Nº 0222-11/16, anula a decisão da primeira Instância, Acórdão 5ª JF Nº 0039-05/16, para que seja providenciado o saneamento na fase de instrução processual no sentido de cientificar o estabelecimento autuado dos Relatórios TEF individualizados por operações. O relator da 5ª JF converte os autos em diligência, à fl. 393, para cientificar o autuado na forma acima indicada e, à fl. 396, consta intimação do autuado para atendimento da diligência solicitada, contudo não houve manifestação por parte do contribuinte.

Assim, diante da inexistência de fato novo, segue o exame do PAF nos mesmos termos constantes da decisão proferida no Acórdão 5ª JF Nº 0039-05/16.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como os prazos concedidos estão em consonância com o que determina o RPAF.

A alegação do autuado de cerceamento do direito a ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que não foram demonstrados de forma clara e inequívoca os valores apurados, não tem acolhimento, pois os demonstrativos foram apresentados ao autuado consignando as receitas das vendas através dos cartões de créditos/débitos fornecidos pelas Administradoras de Cartões, bem como os registros que o autuado efetuou de suas vendas através do aludido meio de pagamento.

Assim, os TEFs e demonstrativos apresentados pelo autuante, às fls. 20 a 31 dos autos, bem como a conclusão da diligência, fl. 397, em que foi disponibilizado o relatório TEF, tanto impresso quanto em mídia digital, contemplam as aludidas informações, ou seja, as vendas informadas pelas administradoras que deduzidos dos registros efetuados pelo autuado de vendas através do referido meio de pagamento, resultam nas diferenças ora exigidas, com base na presunção de omissão de saída prevista, no já citado dispositivo legal, cabendo observar que uma vez intimado o autuado não apresenta as fitas de redução Z, notas fiscais de venda ao consumidor, razão pela qual não foram considerados nas aludidas planilhas os valores registrados com meio de pagamento através de cartões.

Quanto às arguidas receitas advindas de vendas de bebidas são possíveis de serem excluídas da base de cálculo, através do cálculo da proporcionalidade, porém, o autuado se recusou a oferecer os elementos para a aludida providência, conforme intimações efetuadas pelo autuante, obtendo resposta do autuado de que só dispunha do livro de ocorrência. Não permitindo, assim, o cálculo previsto na IN 56/98.

Consta, conforme relatado, às fls. 124/125, solicitação de diligência à INFAZ de origem para apuração da proporcionalidade, negada mais uma vez pelo autuante sob o argumento de que o sujeito passivo não apresentou os documentos necessários para o cálculo.

Diante desse fato, foi designada nova diligência, à fl. 262, dessa ASTEC/CONSEF, para que fosse realizada a diligência com intimação do autuado para apresentação da documentação necessária para o cálculo da proporcionalidade, conforme da IN nº 56/97.

Conforme relatado, segue mais uma vez reproduzido, que integro ao presente voto, o Parecer da ASTEC/CONSEF:

“1 - Em relação ao item 1 da solicitação - Na visita realizada no estabelecimento da autuada foi entregue cópia do Pedido de Diligência Fiscal, onde o responsável do autuado tomou ciência (fl. 262) e foi intimado a apresentar os demonstrativos e documentos necessários aos cálculos das proporcionalidades, conforme Intimação Fiscal às fls. 268/269. Na Manifestação apresentada (DOC. FLS. 293/295), nenhum demonstrativo ou documento fiscal foi apresentado.

Na Consulta do INC - Informações do Contribuinte da SEFAZ, relativa à Inscrição Estadual nº 073.657.005, não consta nenhum dado da DMA, referente ao período fiscalizado, ou seja, de 01/01/2008 a 28/02/2013, impossibilitando, o cálculo das proporcionalidades através dos dados declarados (DOC. FLS. 279/292).

Vale informar, também, que não consta nenhuma arrecadação de ICMS no período fiscalizado, referente a esta Inscrição Estadual (DOC. FLS. 273/279).

3 - Em relação ao item 2 da solicitação - Nada foi apresentado e como não consta nenhum dado de ECF no sistema INC - Informações do Contribuinte não foi possível verificar se efetivamente o autuado era usuário de ECF, durante o período fiscalizado.

DA CONCLUSÃO

O autuado não apresentou os demonstrativos e documentos fiscais solicitados para o cumprimento da Diligência Fiscal.”

Assim, acompanho a conclusão da ASTEC/CONSEF de que não foram apresentados, pelo autuado, os documentos necessários para a realização da proporcionalidade, bem como, conforme afirma o autuante, não há no sistema da SEFAZ as informações que permitam o cálculo em questão e os documentos fiscais apresentados não comportam o cálculo para o cumprimento da IN nº 56/97, bem como a petição apresentada pelo autuado alegando existir 40% de substituídos e 10% de gorjetas, não se confirmaram tendo em vista a falta de elementos trazidos pelo impugnante, cabendo observar que mesmo que demonstrado fosse, as gorjetas não seriam excluídas da Base de Cálculo do ICMS.

No que diz respeito às gorjetas, não há qualquer documento, nem mesmo fiscal, apresentado pelo impugnante que demonstre delas se tratarem.

No que tange a alegação de que não autorizou as Administradoras de cartões a fornecer os dados à SEFAZ, obrigação das administradoras está prevista no Art. 935 do RICMS/97.

Tendo em vista a solicitação de diligência, à fl. 57 dos autos, cabe observar que já foram realizadas 03 diligências, inclusive pela ASTEC/CONSEF. Assim, considero suficientes os elementos existentes no processo para a formação do convencimento dos julgadores.

Em relação à infração apontada, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração, sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

A legislação do ICMS do Estado da Bahia estabelece dentre outras hipóteses, na Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, a ocorrência do fato gerador do imposto, atribuindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção, art. 4º §4º da Lei nº 7.014/96.

Trata-se, pois, de presunção de natureza legal e que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite.

É o que temos no caso em exame: o autuante, estribado na possibilidade legal, impõe ao sujeito passivo a cobrança de ICMS decorrente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, ao que o Autuado se contrapõe.

O sujeito passivo, a quem caberia trazer aos autos os elementos probantes necessários para a desconstituição da acusação fiscal, não o faz e apesar de alegar que parte de suas aquisições é realizada com imposto pago por antecipação, apesar de intimado, à fl. 08 deste PAF, no dia 08/07/2013, não oferece os livros e documentos fiscais necessários para o cálculo da proporcionalidade prevista na IN 56/07, cabendo a aplicação do item 03 da aludida instrução: “3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do Auto de Infração.”

Verifico que, nem mesmo na diligência realizada pela ASTEC/CONSEF ou na defesa apresentada pelo contribuinte ou mesmo após a última diligência para entrega dos relatórios TEF, conforme decisão da 2ª Instância, apesar de trazer aos autos algumas notas, continua a não atender ao disposto no item 03 da aludida Instrução Normativa (Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do Auto de Infração), pois nem mesmo trouxe o total das entradas para que pudesse efetuar os cálculos da aludida proporcionalidade, visto inclusive sua afirmação de que a maior parte de suas receitas é relativa a venda de bebidas.

No que tange à multa aplicada, realmente se trata de penalidade por não recolhimento tempestivo, o que ficou demonstrado tendo em vista que o autuado não recolhe o imposto devido relativo à diferença apurada nos demonstrativos, com base na qual se presumiu a omissão de saída prevista no art. 4, §4º da Lei 7.014/96.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omisso que prejudicou o Fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade,

pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma dos arts. 159 e 169 do RPAF/BA.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

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

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 451/461), inicialmente manifestando a tempestividade do recurso e uma sucinta síntese da Decisão recorrida. Arguiu a necessidade de observância aos critérios estabelecidos em lei para a possibilidade de arbitramento na definição da base de cálculo.

Entende que ao contrário do que achou a decisão ora recorrida, a Lei 7.014/96 ao autorizar no artigo 4º a realização de arbitramento, não concedeu à autoridade administrativa carta branca para tributar, indistintamente e de forma arbitrária, a totalidade das receitas do contribuinte.

Da leitura do disposto no artigo 22 da citada lei, observa-se que a legislação trouxe critérios rígidos para se realizar o arbitramento, determinando a utilização de variados elementos, inclusive da proporcionalidade e preponderância, levando-se em conta a natureza e localização do estabelecimento, para, na impossibilidade real de se aferir a verdadeira base de cálculo, encontrar o valor mais aproximado da realidade.

Note-se que, a atividade perpetrada pela fiscalização e validada pela decisão guerreada de se tributar indistintamente a totalidade das receitas apuradas de forma duvidosa por meio de informação obtida por administradora de cartões de crédito e débito, sem expurgar do montante os valores que sabidamente não devem sofrer a incidência tributária, seja por já terem sido objeto de tributação, no caso das mercadorias sujeitas à substituição tributária ou por não se incluírem no conceito de circulação de mercadoria, no caso das gorjetas, não encontrando respaldo na legislação.

Transcreveu o art. 22, §2º e 3º da Lei nº 7.014/96 observando que a autoridade administrativa ao proceder a atividade de lançamento deveria ter se atentando ao comando inserto no artigo 22 da Lei nº 7.014/96, que estabelece os critérios para a determinação da base de cálculo, mas, ao revés preferiu o caminho mais simples de tributar a totalidade da receita.

Note-se que, a legislação de forma clara e expressa, determina a busca de critérios e elementos para a realização do arbitramento, o que deveria ter sido observado pelo Ilmo. auditor fiscal, em nome da atividade vinculada que exerce e nesse ponto é flagrante o desacerto da decisão aqui impugnada ao corroborar esse procedimento diante da suposta ausência de elementos, reproduziu o trecho da Decisão recorrida quando diz:

“não há no sistema da SEFAZ as informações que permitam o cálculo em questão e os documentos fiscais apresentados não comportam o cálculo para cumprimento da IN nº 56/97, bem como a petição apresentada pelo autuado alegando existir 40% de substituídos e 10% de gorjetas, não se confirmaram tendo em vista que a falta de elementos trazidos pelo impugnante, cabendo observar que mesmo que demonstrado fosse, as gorjetas não seriam excluídas da Base de Cálculo do ICMS.”

Ressaltou que a mera alegação de que o contribuinte não apresentou os documentos no formato exigido pela fiscalização, ou seja, preenchendo uma planilha, ou que não há informações no sistema da SEFAZ, ou ainda, afirmando peremptoriamente que, ainda que os documentos fossem fornecidos não seriam considerados, como no caso da exclusão das gorjetas da base de cálculo, não autorizam a tributação da totalidade da receita e não se pode confundir a autorização legal para arbitramento com a abusividade de se tributar a totalidade da receita, de forma totalmente indevida, vez que, sabidamente, parte considerável daquela está sujeita a substituição tributária.

Destacou que o argumento de que o contribuinte “recusou-se” a apresentar os documentos ou ainda que não enviou a DMA são insuficientes para se autorizar a tributação em duplicidade e não se pode ignorar que o eventual descumprimento de obrigação acessória dá ensejo a aplicação de multa, consoante autorizado na legislação de regência, não representando autorização, como já restou consignado, para tributação de valores indevidos, em verdadeira sanção ao contribuinte.

Asseverou que a própria IN afasta a aplicação do disposto no artigo 4º, §4º da Lei nº 7.014/96 que serviu de fundamento para a decisão guerreada, nos casos em que identifique as operações do contribuinte são sujeitas a substituição tributária, determinando, outrossim, expressamente, que sejam excluídos da base de cálculo os valores não sujeitos à incidência do ICMS, desde que existam elementos ou informações que permitam essa conclusão, tal qual como ocorre no presente caso, transcrevendo a Instrução Normativa nº 56/2007, para observar que a legislação determina de forma clara a aplicação de critérios e medidas para se expurgar da base de cálculo os valores relativos à substituição tributária, consoante disposto no art. 22 da Lei nº 7.014/96 e na Instrução Normativa nº 56/2007.

Afirmou que as notas fiscais estão presentes nos autos, pelo que se depreende pela fundamentação da decisão, o contribuinte não teve “concedido ao benefício da proporcionalidade” como determina a legislação porque não preencheu a planilha, desse modo, apurada a base de cálculo, sem observar o disposto no art. 22 da Lei nº 7.014/96, irremediavelmente nulo o lançamento por violar o disposto no art. 122 do CTN e no art. 155 da CF/88.

Insistiu na impossibilidade de se tributar a integralidade da receita oriunda de mercadorias sujeitas à substituição tributária, pois parte expressiva dos produtos comercializados pela recorrente está sujeita à substituição tributária a qual encerra a fase de tributação nos termos do art. 289 do RICMS.

Citou, ainda, como fundamento o Protocolo ICMS 11/91, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cervejas, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo.

Reiterou o pleito da exclusão das Gorjetas da base de cálculo alegando que a decisão combatida está em flagrante conflito com o art. 457 da CLT, segundo o qual a taxa de serviço é remuneração do empregado devendo ser repassada para ele e que o RICMS da Bahia no art. 277-A exclui expressivamente a gorjeta da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentação e bebidas promovidos por bares, restaurantes, limitada a 10% do valor da conta.

Concluiu requerendo que:

“Do exposto, demonstrados os equívocos da Decisão recorrida que validou procedimento flagrantemente nulo por estar em discordância com o previsto na legislação de regência, pretendendo promover cobrança em duplicidade, bem assim, valores totalmente indevidos, requer seja o presente recurso recebido, processado e ao final provido para, reformando o Acórdão nº 0113-05/17, reconhecer a TOTAL IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração 178891.6008/13-8.

Acaso assim não entendam, demonstrados os equívocos do levantamento fiscal por ter sido lavrado em desconformidade com a legislação, em desobediência à atividade vinculada que exerce, seja declarada a NULIDADE do Auto de Infração.

Por fim, acaso superados os pedidos anteriores, o que não acredita, requer seja determinado que se proceda a nova apuração da base de cálculo, aplicando-se a proporcionalidade prevista na IN 56/2007, à luz do disposto no artigo 22 da Lei nº 7014/96, utilizando como parâmetro as notas fiscais já acostadas aos autos, bem assim, as ora apresentadas, localizadas posteriormente pela recorrente, bem como, os demais elementos previstos na legislação, considerando o tipo e localização do estabelecimento.”

VOTO

Após estudo detido do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário se opõe à Decisão proveniente do Acórdão de nº 0113-05/17, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, imputando ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores

inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, relativas ao período de 1º de janeiro de 2008 a 30/06/2013.

Enfrentando, de plano, a preliminar de nulidade arguida, entendo que não pode prosperar por não assistir razão ao recorrente, na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades legais, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração imputada, não pairando dúvida quanto a independência da imputação descrita no presente lançamento tributário, estando discriminado, nos demonstrativos de débitos, todos os elementos que resultaram na apuração da autuação, que consigna, expressamente, os regramentos infringidos pela recorrente, bem como a multa prevista na lei para a infração imputada, frisando-se o aspecto de que todos os argumentos para a nulidade suscitada já foram devidamente apreciados e rechaçados na decisão de piso, ora hostilizada sem qualquer nova argumentação.

Assim é que nenhum amparo acolhe ao autuado na alegação de ausência de fundamentação legal na ação fiscal, pois se verifica claramente na peça inicial a descrição dos fatos e sua capitulação legal, condizentes com os fatos reais, conforme apontado pelo autuante o art. 2º. § 3º. Inc. VI do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, com infração tipificada no art. 42, inciso III da Lei nº 7014/96. Logo, não existe a omissão aludida pelo autuado quanto ao fundamento legal que caracteriza a infração. Foi, por conseguinte, obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Ademais cumpre salientar que o contribuinte concentrou suas argumentações defensivas, tanto na impugnação, quanto no recurso agora apreciado, que na base de cálculo da imputação estão incluídas mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, o que pode até ter procedência, no entanto o que se constata pelos documentos acostados aos autos, em nenhum momento o sujeito passivo se dispôs a fornecer elementos, ou documentos capazes de alicerçar a sua argumentação, o fato de anexar às peças defensivas notas fiscais não são suficientes para a aplicação do instrumento da proporcionalidade, pois a empresa não apresenta livros de registros fiscais contendo a escrituração das entradas e saídas das vendas e os registros no sistema de informações fiscais na SEFAZ/BA, apresentam valores zerados (DMAs) conforme se verifica nos documentos de fls. 273/292 e também da conclusão do fiscal diligente da ASTEC, quando responde à diligência solicitada pela 5ª JJF, para a aplicação da proporcionalidade, da sua total incapacidade de promover o quanto solicitado, face ao sujeito passivo não ter atendido a intimação para apresentação dos documentos capazes de proporcionar a aplicação do previsto na Instrução Normativa nº 56/97.

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

Não é o fato simplesmente de que nos valores das vendas estariam incluídas mercadorias com fase de tributação encerrada mediante cartões que comprovaria se encontrarem todos os valores incluídos nas saídas tributadas.

Assim é que não há dúvidas que o lançamento tributário, não é fruto da aplicação de arbitramento e se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe expressamente, *in verbis*:

“...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”.

Outrossim, regulamenta o artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/BA, verbis:

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

....

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

Nesse contexto, há uma presunção legal, sendo do autuado a responsabilidade de trazer aos autos as provas capazes de elidir a imputação fiscal, do que, em nenhum momento, se desincumbiu, limitando-se a afirmar que a base de cálculo, para a imputação continha vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária.

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

Em suma, entendo se tratar o caso versado de uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis, embasada no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e, adotando o entendimento deste Colegiado, acompanho a Decisão proferida pela primeira instância para considerar correta a ação fiscal procedida, eis que em estrita conformidade com os parâmetros legais vigentes.

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

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **178891.6008/13-8**, lavrado contra **VINHAS E CAZAES RESTAURANTE LTDA. (SENTOLLAS RESTAURANTE) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$458.357,01**, acrescido das multas de 70% sobre R\$139.004,37 e 100% sobre R\$319.352,64, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS