

PROCESSO - A. I. Nº 102104.0027/05-6
RECORRENTE - CAMACHO & CUNHA LTDA. (ESTAÇÃO GAMES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0458-01/05
ORIGEM - INFAS IGUATEMI
INTERNET - 24/03/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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 tributáveis sem o pagamento do imposto devido. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0458-01/05, pela Procedência do presente Auto de infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão da constatação de:

1. Falta de recolhimento do imposto decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2003 – R\$6.086,48;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2003 - multa de R\$5.873,68.

O órgão julgador de Primeira Instância ressaltou, em relação à infração 1, que, apesar de ter sido

feita uma diligência para entregar ao contribuinte cópia dos Relatórios de Informações TEF – Operações Diárias, com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, o autuado não apresentou nenhum elemento de prova que pudesse elidir o lançamento. Sendo assim, julgou procedente a autuação, com base no artigo 143, do RPAF/99, de que *“A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Em referência à infração 2, a Junta de Julgamento Fiscal considerou procedente o lançamento, destacando que a obrigatoriedade de utilização do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) encontra-se prevista no artigo 824-B, do RICMS/97 e o seu descumprimento enseja a aplicação da penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 210 a 214), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, argumentando, relativamente à infração 1, que somente a partir de 21 de janeiro de 2004, data da publicação do Decreto nº 8.882/04, é que a fiscalização poderia utilizar a presunção legal insculpida no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, razão pela qual pede a nulidade desse item da autuação. Alega que a *“Câmara de Julgamento Fiscal vem, reiteradamente, decidindo neste sentido, conforme voto lavrado pelo Relator Ciro Roberto Seifert, no acórdão sob o nº 0139-11/05”*, o qual transcreve. Cita ainda a Decisão proferida no PAF nº 2069480018/04-7.

No que se refere à infração 2, afirma que estranhou o teor da Decisão recorrida, haja vista que já havia reconhecido o débito antes mesmo de protocolar a defesa administrativa e o está pagando religiosamente, embora ressalte que deveria ter sido aplicada uma “penalidade fixa” e que não é justo que seja *“obrigado a arcar com uma pesada multa fiscal, porém como já reconhecemos o débito, deixa pra lá”*.

A ilustre Representante da PGE/PROFIS, Dra Maria Dulce Baleiro Costa, exarou o seu Parecer (fls. 219 e 220) opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, sob o entendimento de que, em relação à infração 1:

1. a despeito de já ter se manifestado anteriormente em concordância com a Decisão do CONSEF referida pelo recorrente, *“entende, nesse momento, após análise mais detida da legislação aplicável, necessária a reforma da interpretação”*;
2. o artigo 824-E, do RICMS/97, introduzido pelo Decreto nº 8.413/02, publicado no Diário Oficial do Estado de 31/12/02, previa a obrigação do contribuinte em informar, nos casos em que o comprovante de venda não fosse impresso no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, quando fosse o caso, do número seqüencial do equipamento no estabelecimento;
3. portanto, desde janeiro de 2003 a legislação vigente já permitia que, do confronto entre a Leitura Z do ECF com os números fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, se constatassem a ocorrência da presunção de omissão de saídas de mercadorias anteriores, nos termos do artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, já que, caso as vendas não fossem feitas pelo ECF, caberia ao contribuinte indicar no anverso do comprovante de venda por cartão de crédito ou débito, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação;
4. assim, se há outras saídas, fruto de vendas por cartões de crédito ou débito que não pelo ECF, caberia ao recorrente demonstrá-las, para elidir a presunção legal.

Quanto à infração 2, entende que o parcelamento requerido pelo contribuinte importou em extinção da lide administrativa.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, em referência à infração 1, pelos motivos a seguir destacados.

Efetivamente, algumas poucas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal apresentaram o entendimento manifestado no Acórdão transscrito pelo sujeito passivo (Acórdão CJF nº 0139-11/05), porém tal posicionamento foi inteiramente modificado. Atualmente o CONSEF vem reiteradamente decidindo que, desde janeiro de 2003 com a edição da Lei nº 8.542/02, publicada no Diário Oficial do Estado de 28/12/02, a qual alterou a redação do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, a legislação baiana permite a aplicação da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente realizadas e não oferecidas à tributação se restar comprovada a existência de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Isso porque, conforme destacado pela Digna representante da PGE/PROFIS, o § 3º do artigo 824-E, do RICMS/97, introduzido pelo Decreto nº 8.413/02, publicado no Diário Oficial do Estado de 31/12/02, já previa a obrigação do contribuinte de informar, nos casos em que o comprovante de venda não fosse impresso no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), e a venda fosse feita por meio de cartão de crédito ou débito, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, quando for o caso, do número seqüencial do equipamento no estabelecimento. Dessa forma, cabe ao contribuinte apresentar as provas de que houve saídas de mercadorias pagas por meio de cartões de crédito ou débito, as quais foram acobertadas por outros documentos fiscais que não o cupom fiscal.

Podem ser citados os seguintes Acórdãos, a título de exemplo desse novo entendimento no âmbito do CONSEF: CJF nºs 0135-11/05, 0137-11/05, 0172-12/05, 0198-12/05, 0283-12/05, 0313-11/05, 0400-11/05, 0431-11/05 e 0438-12/05.

Aliás, vale a pena transcrever o voto vencedor do ilustre Conselheiro Álvaro Barreto Vieira no Acórdão CJF nº 283-12/05:

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

Não acolho a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo ilustre conselheiro, Dr. Nelson Antonio Dahia Filho, pois entendo que a exigência fiscal referente ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 está fundamentada na legislação tributária estadual, conforme passo a me pronunciar.

Efetivamente, o § 7º só foi acrescentado ao art. 238, do RICMS-BA, pela Alteração nº 51, a qual foi implementada pelo Decreto nº 8882, de 21/01/04. Tomando-se por base o previsto nesse citado dispositivo regulamentar, somos levados a crer que só a partir de 21/01/04 passou a ser exigida a indicação, no cupom fiscal, do meio de pagamento utilizado na operação. Todavia, essa conclusão está equivocada, uma vez que, por força do disposto no art. 824-E, § 3º, do RICMS-BA, desde 01/01/03, o contribuinte do ICMS está obrigado a, nas vendas efetuadas por meio de cartão de débito e/ou crédito, informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o comprovante não seja impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação.

Dessa forma, a exigência fiscal referente ao período citado pelo ilustre Conselheiro está embasada na legislação tributária estadual vigentes à época, não havendo razão para a nulidade do lançamento. Em consequência afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício na sessão de julgamento.

No mérito, verifico, pelos documentos acostados, que o PAF foi encaminhado em diligência pela Junta de Julgamento Fiscal para que o autuado recebesse cópia dos Relatórios de Informações TEF – Operações Diárias, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias para elaboração de demonstrativo, bem como apresentação dos documentos fiscais e da Redução Z, para que, posteriormente, fosse efetuada revisão do lançamento (fls. 189 e 193). No entanto, o sujeito passivo deixou de atender ao solicitado, o que prejudicou a análise da procedência ou não dos

argumentos defensivos, pelo órgão julgador de Primeira Instância. Também em seu Recurso Voluntário, o contribuinte não apresentou nenhum elemento de prova capaz de elidir a legitimidade do lançamento, razão pela qual entendo que a infração 1 é procedente e não merece reforma a Decisão recorrida.

Quanto à infração 2, realmente o autuado informou, desde a Impugnação (fl. 24), que reconhecia a sua procedência e que já havia efetuado o pagamento da primeira parcela do débito, conforme os documentos de fls. 183 a 188. Assim, deve ser considerada procedente a infração 2 e homologados os valores recolhidos aos cofres estaduais, providência que não foi adotada na Decisão recorrida.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de infração, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 102104.0027/05-6, lavrado contra **CAMACHO & CUNHA LTDA. (ESTAÇÃO GAMES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.086,48**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$5.873,68**, com os devidos acréscimos moratórios, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da mesma Lei, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS