

PROCESSO - A. I. Nº 206769.0007/04-5
RECORRENTE - TABLE - MÓVEIS E DECORAÇÃO LTDA. (TABLESTORE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0353-01/05
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 06/04/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0129-12/06

EMENTA: ICMS. 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 tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Mantida a Decisão recorrida. Vencido o voto do relator. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 1ª Junta de julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0353/01-05, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$2.785,43, por ter o autuado omitido saídas de mercadorias tributadas, 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, relativo aos meses de outubro e novembro de 2003. Foram consideradas as vendas registradas nas reduções Z e algumas notas fiscais, uma vez que o contribuinte comprovou estas últimas, apresentando uma planilha demonstrativa, juntamente com os boletos comprovantes de venda a cartão, relacionando as notas fiscais com os boletos e respectivas autorizações. Tudo conforme planilha de redução Z, planilha do cálculo do ICMS devido, relatórios de informações TEF extraídos do INC – Informações do Contribuinte, demonstrativo das vendas a cartão através das notas fiscais não registradas no ECF, cópias reprográficas de amostragens de cupons de redução Z, notas fiscais e boletos comprovantes de venda a cartão.

O autuado apresentou defesa, alegando, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por falta de embasamento legal e por erro na tipificação da infração. Transcreveu o art.2º, §3º, VI, do RICMS-BA, argumentando que o autuante fez distorcer a infração presumida para considerar como infração a informação de vendas em cartão inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. A norma estabelece que somente ocorrerá presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto se os valores de vendas do estabelecimento forem inferiores aos valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Transcreveu o art. 122, I a IV, do CTN., para argumentar que o inciso VI, do § 3º, do art. 2º, do RICMS, deve ser interpretado de maneira favorável ao acusado.

Alegou que, considerando a interpretação da norma legal apresentou os valores de vendas indicados com base nas reduções Z, notas fiscais e notas fiscais de vendas a consumidor, para que sejam confrontados com os valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, não apurando nenhuma diferença. Solicitou que seja anexado relatório de divergências apuradas por sistema da SEFAZ que controla as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito, para a inscrição do autuado, referente aos meses de outubro e novembro de 2003, bem como que a recusa em exibir elemento de prova pode caracterizar a aceitação da alegação da parte contrária.

Disse reconhecer existência de erros cometidos por seus funcionários quando da indicação do meio de pagamento em cupom fiscal, uma vez que algumas das operações de vendas pagas pelos clientes com uso de cartão de crédito foram registradas como sendo pagas em dinheiro. Que tais situações podem ser comprovadas na análise dos diversos cupons fiscais emitidos e os pagamentos informados, conforme banco de dados de posse da SEFAZ.

Fez referência ao Protocolo ECF nº 04/01 e transcreveu o art. 144, §1º e 2º, do RPAF/99. Alegou estar à disposição do fisco todos os cupons fiscais emitidos no período fiscalizado. O erro cometido pelos seus funcionários fez com que os valores não fossem considerados como recebidos em cartão de crédito.

Requeru que fosse aberta vistas se forem aduzidos novos fatos ou anexados novos demonstrativos, que o autuante reconhecesse o erro na interpretação da legislação e reconsiderasse o levantamento e que o Egrégio Conselho de Fazenda decida pela nulidade do Auto de Infração e, não sendo acatada a premissa de nulidade, fosse julgada pela improcedência a ação fiscal.

O autuante informou que ratifica todo o procedimento fiscal. A defesa basicamente se fundamenta na interpretação equivocada do inciso VI, do parágrafo 3º, do art. 2º, do RICMS, quanto à questão da expressão “valores de vendas” que para o autuado engloba toda e qualquer venda do estabelecimento no período, quando esta expressão só se refere às vendas com cartão de crédito. Transcreveu a Cláusula sexta, décima sexta e trigésima oitava, inciso X, do Convênio ICMS 85/01 e art. 238, § 7º, art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, cláusula primeira do Convênio ECF 01/01 e cláusula quarta do Convênio ECF 01/98.

Informou que a indicação do meio de pagamento nas vendas através de cartão de crédito e/ou débito é um parâmetro a mais na realização das auditorias fiscais. O trabalho foi desenvolvido com base nas informações do campo meio de pagamento contidos nas leituras “Redução Z”, através dos equipamentos ECFs e confrontados os valores com os informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, com o intuito de verificar se todas as vendas a cartão foram efetuadas mediante a emissão do cupom fiscal.

Esclareceu que, durante os trabalhos de fiscalização, solicitou ao contribuinte a comprovação através de uma planilha, das vendas efetuadas com notas fiscais série D-1 e/ou M-1, não registradas no ECF e que efetivamente tivessem sido pagas com cartão de crédito/débito, ou até mesmo, as vendas com cupons fiscais que porventura não tivessem sido computadas nas reduções Z corretamente e, ainda, vendas através de cupons fiscais que equivocadamente não tivesse sido considerada no levantamento da fiscalização. O autuado apresentou demonstrativo, tendo sido considerado todo o levantamento apresentado.

Os anexos I, II e III juntados pelo autuado não interferem na imposição fiscal. Os anexos I e II relacionam por tipo de documento – cupom fiscal, nota fiscal, totalizando as vendas do estabelecimento em cada mês. Como na ação fiscal se trata apenas de vendas a cartão, já que as informações que vêm das administradoras de cartões de crédito e/ou débito se referem a esse meio de pagamento, o anexo III compara vendas a cartão com o total de vendas informadas nas DMEs. Inclusive, sendo o autuado empresa de pequeno porte – SimBahia, esta apresenta DME anualmente e as diferenças apuradas se referem apenas aos meses de outubro e novembro de 2003, não tendo sido identificado onde o autuado coletou os valores relativos à DME, apostos no

anexo III, uma vez que, no sistema da SEFAZ, os valores constantes na DME retificada transmitida em 13/05/2004 são totalmente divergentes, além do que os anexos não comprovam irregularidade do procedimento fiscal, nem elidem a questão.

Quanto ao reconhecimento de erros cometidos pelos funcionários quando da indicação do meio de pagamento, este fato não tem repercussão na autuação, já que o autuado foi intimado a comprovar as vendas com cupons fiscais porventura não considerados no levantamento fiscal feito considerando as reduções Z, não tendo se manifestado, e só agora trazendo este argumento, sem, contudo, ter juntado à sua defesa planilha relacionando o número do cupom fiscal, valor da venda, tipo de cartão e anexado boletos comprovantes de vendas.

Disse ter juntado não somente os dados da SEFAZ – Relatório TEF, mas todos os outros documentos que serviram de base à lavratura do Auto de Infração: planilha de redução Z, planilha de cálculo do ICMS devido, no qual está demonstrado que foi atribuído um crédito presumido de 8%, cópia de intimação para comprovação de vendas a cartão não computadas no levantamento fiscal inicial, demonstrativo de vendas efetuadas a cartão através das reduções Z, das notas fiscais consideradas como vendas a cartão com os respectivos boletos comprovantes de vendas por se tratar de uma empresas enquadrada na condição de pequeno porte.

Concluiu dizendo não haver nos argumentos defensivos nenhuma razão plausível para modificar a exigência fiscal e que a mesma está devidamente enquadrada nas disposições legais vigentes (Art. 2º, § 3º, VI, do RICMS/97).

Reafirmou a existência das diferenças de imposto e opinou pela manutenção da autuação.

Considerando que inexistia prova nos autos de que o autuado recebeu cópia do Relatório de Informações TEF (fls. 14/212), esta 1ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado a INFRAZ BONOCÔ, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Auditor autuante:
 - a) Fornecer ao autuado, mediante recibo, os Relatórios de Informações TEF – Operações contendo todas as suas operações informadas individualizadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito, acostados às fls. 14 a 212 dos autos;
 - b) Intimar o autuado a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente, no período de outubro e novembro de 2003;
 - c) Intimar o autuado a apresentar os documentos fiscais e os comprovantes de pagamentos embasadores do demonstrativo solicitado no item anterior.

Caso o autuado atenda a intimação, o autuante deve conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e elaborar demonstrativo de débito em relação aos valores não apresentados.

Em seguida, que a Repartição Fazendária intimasse o autuado entregando-lhe, mediante recibo, cópia do resultado da diligência e dos demonstrativos elaborados pelo autuante e informando da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para se manifestar. Havendo manifestação do autuado, que fosse dada ciência ao autuante.

Às fls. 282 a 287, o autuante atendendo à diligência solicitada informou ter fornecido ao autuado, mediante recibo, os relatórios de informações – TEF de fls. 14 a 212. Na mesma ocasião, intimou o autuado, concedendo-lhe prazo de 5 (cinco) dias para elaborar demonstrativo, cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito, com os documentos fiscais, para acoberta-las, resumindo-os mensalmente.

Do atendimento à intimação, o autuado se limitou a apresentar os documentos fiscais emitidos nos meses de outubro e novembro de 2003, acompanhados de uma carta-resposta e de 2 anexos

“Relação de vendas com emissão de nota fiscal não contabilizada pela auditora fiscal”, nos quais estão listadas algumas notas fiscais D-1, emitidas nos meses de outubro e novembro de 2003, com seus respectivos valores, alegando discordar: de qualquer levantamento que não considere a correta interpretação da legislação tributária, motivo de ter anexado dois levantamentos indicando as notas fiscais de vendas não consideradas ..., mas que indicam valores de vendas no período analisado; do prazo dado mostrou-se inadequado para elaboração de novos demonstrativos; por não entender o motivo da indicação de “voltamos a intimar esta empresa para que ... seja elaborado, mais uma vez, demonstrativo”, por não ter recebido nenhuma intimação anterior à de referência; e qualquer manifestação acerca dos levantamentos efetuados e de novos documentos deverá ser reaberto o prazo de defesa.

O autuante esclareceu não ter elaborado nenhum demonstrativo de débito porque o autuado não apresentou nada que pudesse alterar o trabalho anteriormente realizado. As notas fiscais de venda a consumidor que o autuado alega não consideradas possuem diversas formas de pagamentos: cheque a vista, pré-datado, dinheiro, como se pode observar, nas cópias, por amostragem, das notas relacionadas nos anexos apresentados pelo autuado de n° 33, 36, 46, 47, 67, 124, 127, 160, 252, 257, 266, 268, 296, 308, 309, 321, 352 e 355.

Quanto as discordâncias do autuado, informou não ter cabimento a alegação em relação a citação do art. 112, I, II, do CTN, haja vista que a empresa utiliza ECF e só pode emitir nota fiscal, anexando à via fixa, a 1ª via do cupom fiscal, ou quando não for possível a emissão do documento por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou por razões técnicas. O autuado emitia, ao mesmo tempo, cupom fiscal e nota fiscal, alegando problemas na codificação dos produtos, tendo sido tomada a precaução de intimar o autuado a comprovar as vendas realizadas a cartão, através de notas fiscais.

No tocante à alegação de prazo inadequado para elaboração de novos demonstrativos, informou que a primeira intimação foi feita em 30/11/2004, entregue em 03/12/2004 e o Auto de Infração só foi lavrado em 30/12/2004. No atendimento à diligência, foi concedido prazo de 5 (cinco) dias maior que o constante da intimação. Apesar de não se opor à concessão de novo prazo, deve ser observado o disposto no § 3º, do art. 149, do RPAF/99. O autuado apenas não havia recebido cópia dos relatórios TEF, apesar de ter conhecimento de seu conteúdo.

Mantém a ação fiscal. Anexou aos autos: recibo da entrega de cópia dos documentos às fls. 14/212, intimação concedendo ao autuado prazo de cinco dias, além de cópia dos documentos às fls. 7, 8, 10/13 dos autos, constando o recebimento pelo autuado, requerimento e levantamentos apresentado pelo autuado, no atendimento ao solicitado na diligência requerida, cópias de notas fiscais de vendas a consumidor (fls. 288 a 315 dos autos).

Reaberto o prazo de defesa, o autuado, às fls. 320/324, ao se manifestar, reiterou seus argumentos quanto a interpretação da legislação vigente. Alegou não entender como a SEFAZ adota em seus sistemas internos o confronto de valores declarados na DME/DMA com os declarados pelas administradoras, como interpretação correta da norma e na ação fiscal se adota outra interpretação, ao confrontar vendas em cartão registradas em redução Z com os valores informados pelas administradoras.

Alegou que, por medida de segurança e de precaução, entendeu oportuno observar os novos levantamentos apresentados pelo autuante e a tecer as seguintes observações, dizendo que o levantamento correto está indicado nos anexos III e IV, onde são apresentadas as operações relacionadas pelas administradoras de cartões de crédito com indicação dos documentos fiscais vinculados. As operações somam, respectivamente, R\$ 21.393,84 e R\$ 21.595,82. Nos anexos V e VI, são apresentadas as operações relacionadas pelas administradoras cujas operações o autuado não encontrou vínculo direto a documento emitido; nos anexos VII e VIII, constam as notas fiscais e notas fiscais de venda a consumidor, valores recebidos com cartão de crédito ou de débito, mas

não vinculou diretamente com as operações relacionadas pelas administradoras de cartões. Esses valores foram considerados como contrapartida para os indicados nos anexos V e VI.

No anexo IX apresenta os valores de vendas com emissão de notas fiscais, assim como as devoluções de vendas em que os pagamentos ocorreram com cartão de crédito. Os valores das devoluções, nos meses de outubro e novembro somam R\$19,00 e R\$892,50.

No anexo X apresenta o que seria o cálculo da hipotética omissão a partir da interpretação do autuante. Assim, para os meses de outubro e novembro, R\$1.316,64 e R\$139,98, com ICMS de R\$118,50 e R\$ 12,60, respectivamente.

Disse estar juntando talão de Notas Fiscais n^{os} 00001 a 00050, os talões de Notas a Consumidor n^{os} 0001 a 000400 e as fitas detalhes dos cupons fiscais emitidos no período de 03/10/2003 a 03/12/2003, todos em original.

Concluiu solicitando vistas, caso sejam anexados novos demonstrativos pelo fiscal autuante e que o autuante reconheça o erro de interpretação da legislação reconsiderando o levantamento fiscal efetuado e, não admitindo, considere comprovada a improcedência da presunção conforme alegações e provas.

Requeru a nulidade do Auto de Infração e caso ultrapassada a preliminar que se julgue pela improcedência da autuação (Anexos I a X, às fls. 326 a 373).

O autuante, às fls. 377 e 388, informou que no anexo I da defesa o autuado junta trechos de comentários ao CTN, feitos pelo tributarista Hugo de Brito Machado, especialmente em relação ao art. 112 do citado Código.

Esclareceu que não foi trazido aos autos nenhum elemento novo, preferindo, o autuado, efetuar novos levantamentos que só demonstram os procedimentos já realizados, além de insistir na interpretação equivocada da legislação. No tocante aos anexos, a autuante, ao tecer os comentários disse o seguinte:

No anexo I, o autuado em nada modifica a exigência fiscal, já que apesar da operação de fiscalização ser direcionada no sentido de confrontar valores informados pelas Administradoras com os constantes na redução Z, considerou também, todas as notas fiscais cujos pagamentos foram efetuados com cartão, devidamente comprovado através de boletos comprovantes de vendas;

No anexo II – o autuado repete o anexo II anteriormente apresentado, porém com novos valores, fazendo comparativo entre o total das saídas e o valor apontado no Relatório da Informações – TEF;

Anexos III e IV – o autuado listou desnecessariamente os cupons fiscais, uma vez que todos já haviam sido incluídos no momento do trabalho de fiscalização. Também, da listagem das notas fiscais, apontou algumas delas que não constavam na relação apresentada anteriormente (fls. 308 a 315), no entanto não trouxe a sua comprovação.

Anexos V e VI – o autuado não confessa a irregularidade, ao dizer que apresenta operações relacionadas pelas administradoras não encontrando vínculo direto a documentos emitidos;

Anexos VII e VIII – o autuado alega ter listado notas fiscais cujas vendas foram recebidas em cartão e não estão vinculadas a operações relacionadas pelas administradoras de cartões;

No anexo IX – o autuado vinculou as vendas em cartão de Crédito com emissão de nota fiscal / devolução de vendas em cartão. Se o autuado não apresentou os boletos comprovantes de venda a cartão, nem os identificou nos Relatórios de Informações TEF, é porque estas operações foram realizadas com outro meio de pagamento, além dos valores não terem sido objeto de autuação;

No anexo X – o autuado efetuou cálculo que chama de “hipotética omissão”, apurando diferença de imposto a recolher nos valores de R\$118,50 e R\$12,60, relativos aos meses de outubro e novembro de 2003.

Reafirmou os posicionamentos já expostos anteriormente, esclarecendo que o autuado, de referência aos talões de notas fiscais e fitas detalhe, do período em análise, não fez a juntada de nenhum documento, apesar de sua alegação à fl. 323 do processo.

Através do Acórdão JJF nº 0353/03-05, a 1ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) devem ser rejeitados os argumentos de nulidade suscitados pelo autuado, “*haja vista que a descrição do fato apontado no Auto de Infração, bem como, os demonstrativos e levantamentos que fazem parte da acusação fiscal indicam como foi apurado o imposto, tendo o sujeito passivo recebido cópia de todos os elementos constitutivos dos autos, sanando os equívocos apontados pelo autuado, com o atendimento da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, fato que determinou, inclusive, a reabertura do prazo de defesa do contribuinte*”. Por tal razão, não ocorreu qualquer das “*hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99...* Além do que o autuado ao adentrar no mérito da ação fiscal, demonstrou ser conhecedor de todos os elementos que deram origem ao lançamento do crédito tributário, inexistindo qualquer impedimento que justifique ter havido cerceamento de defesa ou falta de motivação para a exigência do crédito tributário”;
- b) no tocante à alegação de que “*a norma estabelece que somente ocorrerá presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto se os valores de vendas do estabelecimento forem inferiores aos valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, razão não assiste ao autuado, haja vista o que estabelece o § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02*”; desta forma, prosseguiu, “*a comprovação de existência de vendas realizadas através de cartão de crédito e/ou débito em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, caracteriza-se presunção legal, e indica que o sujeito passivo deixou de emitir o correspondente documento fiscal da operação realizada, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal*”; nesse sentido, o próprio CONSEF, através de reiteradas decisões tem entendido “*que deve ser confrontado o valor das vendas em cartão de crédito e/ou débito apontadas nos equipamentos ECF, redução Z e nas notas fiscais emitidas, com os valores informados pelas administradoras, a fim de ser identificado se ocorreu ou não saídas de mercadorias vendidas através de cartão de crédito e/ou débito sem a devida emissão do documento fiscal correspondente*”;
- c) decidiu a Junta que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da obrigação de elidir a presunção alegada, sem prejuízo do fato de que “*considerando que o autuado se encontra inscrito na condição de EPP – SimBahia, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98)*”.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 1ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando, prefacialmente, todos os termos da peça defensória e demais pronunciamentos do recorrente no presente processo administrativo fiscal. Assevera que a Decisão de primeira instância não é baseada em prova conclusiva, eis que, do lançamento fiscal elaborado via autuação, não se extrai a certeza da acusação fiscal, imprescindível à formação de uma futura CDA. Aduz que no caso vertente não há certificação de que os valores informados a título de venda pelo recorrente foram inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito, não havendo, pois, como se presumir omissão de saídas. Alega que o que ficou evidenciado nos autos é que empregados do recorrente se equivocaram quanto à indicação do meio de pagamento em cupom fiscal, uma vez que algumas das operações de vendas pagas pelos consumidores com uso de cartões de crédito foram registradas como sendo pagas em dinheiro, conforme se extrai da testilha entre os cupons fiscais emitidos e os pagamentos informados,

conforme banco de dados de posse da SEFAZ. Ao final, pugna pelo conhecimento do Recurso Voluntário para que seja determinado o retorno dos autos à Junta de Julgamento Fiscal para que seja determinada a realização de diligência, com vistas a verificar a alegação do recorrente que passou em branco quando do julgamento de primeira instância administrativa, ou, sucessivamente, que seja cancelado o presente Auto de Infração, porque lavrado em interpretação equivocada da legislação fiscal.

Em seu Parecer, o representante da PGE/PROFIS, após transcrever os principais aspectos das peças que compõem o presente PAF, observa que todos os argumentos já foram analisados em primeira instância, motivo pelo qual não tem o poder de modificar a Decisão guerreada, que se apresenta correta e proferida com embasamento legal. Outrossim, prossegue, restou efetivamente comprovada a infração, como também se esqueceu o contribuinte em apresentar qualquer documento novo, ou trazer qualquer fundamento capaz de elidir a acusação. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, mantendo-se a Decisão recorrida em todos os seus termos.

VOTO VENCIDO

Da análise dos elementos e documentos que compõem o presente PAF e, principalmente, em face da única infração que o integra, em consonância e coerência com outros julgados da nossa lavra proferidos, faz-se mister suscitar *ex officio* a nulidade do presente Auto de Infração.

Isso porque durante os meses de outubro e novembro de 2003, objeto da presente autuação, não estava o contribuinte, ainda, obrigado a registrar o meio de pagamento no encerramento de suas vendas realizadas através de ECF, não sendo possível ao Fisco, portanto, aplicar a presunção insculpida na legislação, em que fulcrada a presente autuação.

Nesse sentido, invoco o precedente julgado pela Egrégia 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0139-11/05, da lavra do eminente relator Ciro Roberto Seifert, que decidiu pela nulidade da ação fiscal, em caso semelhante ao presente, fazendo-o com espeque nos argumentos a seguir enunciados:

“Para as operações internas, as regras devem ser referendadas mediante a edição de Decreto Estadual, e, por incrível que pareça, o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração nº 51 a este Regulamento (Decreto nº 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04), e só a partir desta data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Também examinei o Decreto nº 7636/99, que disciplinava o uso de ECF antes do RICMS o fazê-lo, e lá nada encontrei que previsse tal obrigação.

Os autuantes partiram do cupom redução em ‘Z’, dado ‘venda em cartão de crédito/débito’, para efetuar o comparativo com o que fora informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito, e, ao encontrarem diferenças, aplicaram o que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, para utilizar a presunção legal da ocorrência de omissões de saídas tributáveis.

Porém, como já dito, apenas a partir de 21-01-2004, o contribuinte passou a ser obrigado a registrar o meio de pagamento, no encerramento das vendas realizadas através de ECF. A contrário senso, vale dizer que até aquela data não existia tal obrigação.

Assim, concluo que os autuantes utilizaram uma base de dados – cupom redução ‘Z’ – não fidedigna, para a comparação que realizaram, por ausência de previsão legal para a sua geração.

As únicas comparações possíveis, até a data mencionada, seriam os totais das vendas com os totais informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, ou operação a operação.” (grifo nosso)

Destarte, inquinado de nulidade se apresenta o presente Auto de Infração, referente a períodos anteriores a janeiro de 2004, razão pela qual, *ex officio*, damos PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, julgando NULA a presente autuação.

Vencido quanto à nulidade da autuação, passamos a ingressar no âmbito notório da presente autuação.

Ora, nesse sentido, faltando a presente autuação, no nosso entender, um de seus elementos iniciais, entendemos que improcede a autuação posto que não estava o contribuinte obrigado a identificar na CCF a forma da venda realizada, não podendo, pois, prosperar a autuação.

Ex positis, com espeque nos fundamentos invocados para demonstrar a nulidade, também quanto ao mérito, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para alterar a Decisão recorrida julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Não obstante a excelente qualidade do voto proferido pelo ilustre relator, divirjo de seu entendimento, pois considero que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício, sob a alegação de que no período abarcado pelo presente lançamento ainda não estava em vigor a obrigatoriedade de o contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS-BA/97 em 21/01/04.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a partir de 21/01/04, porém, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicarem, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05, citado pelo relator, não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

No que tange ao alegado erro na tipificação da infração, ressalto que essa preliminar já foi ultrapassada na Decisão recorrida, com a devida fundamentação. É lógico que o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96 determina que sejam confrontadas as vendas que foram pagas com cartão de crédito e/ou débito com as informadas pelas administradoras de cartão, pois não é razoável admitir que venhamos a comparar todas as vendas efetuadas pelo recorrente com as que foram informadas pelas administradoras de crédito e/ou débito. A questão já foi bem explicada na Decisão recorrida, não há qualquer dúvida sobre a matéria e, portanto, não há o que se falar em nulidade ou em interpretação mais favorável ao acusado.

Os demonstrativos com as operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito já foram entregues ao recorrente mediante diligência, tendo sido reaberto o prazo de defesa. Dessa forma, fica claro que foi garantido ao recorrente o exercício do seu direito de defesa, não havendo razão para a nulidade do lançamento ou da Decisão recorrida.

Adentrando no mérito, não acolho a alegação recursal de que funcionários do recorrente se equivocaram ao indicar o meio de pagamento no cupom fiscal, pois tal fato não restou comprovado no processo. As informações armazenadas nos bancos de dados da SEFAZ não servem para elidir a autuação, vez que são informações diferentes das fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

Os demonstrativos e documentos acostados ao processo pelo contribuinte não comprovam a existência de operações pagas com cartão de crédito e/ou débito que, porventura, não tivessem sido consideradas na ação fiscal, conforme já bem demonstrado na Decisão recorrida. A simples

negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da obrigação de elidir a presunção legal que embasou a autuação.

Saliento que a Decisão recorrida está baseada em prova conclusiva que autoriza a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, uma vez que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração comprovam a ocorrência de divergências entre a documentação fiscal emitida pelo recorrente (leitura “z” dos ECF relativamente às operações pagas com cartão de crédito) e as operações de saídas de mercadorias informadas pelas administradoras de cartão de crédito. Nos termos do citado dispositivo legal, cabe ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, o que não foi feito.

Observo que os créditos fiscais a que o recorrente fazia jus, na condição de empresa optante pelo Regime do SimBahia, foram corretamente considerados pela autuante. Não havendo, assim, nenhuma correção a ser feita no valor do imposto apurado.

Em face do comentado acima, comungo com o entendimento externado pela douta PGE/PROFIS, pois o recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento novo capaz de elidir a presunção legal que embasou a autuação e, por via de consequência, modificar a Decisão recorrida, a qual está correta e não merece nenhum reparo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206769.0007/04-5**, lavrado contra **TABLE MÓVEIS E DECORAÇÕES LTDA. (TABLESTORE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.785,43**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej e Bento Luiz Freire Villa Nova.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPRES. DA PGE/PROFIS