

PROCESSO - A. I. Nº 178891.0010/05-0  
RECORRENTE - R. R. PASSOS ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA. (VIE VIVRE)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0341-02/06  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 09/05/2007

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0148-12/07**

**EMENTA:** ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Afastadas as preliminares de nulidade. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Indeferido o pedido de prova pericial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recuso Voluntário apresentado contra o Acórdão JJF Nº 0341-02/06, da 2ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Imposto lançado: R\$ 3.907,17.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar do previsto para o usuário de equipamento de controle fiscal (ECF), nas situações em que está obrigado [descumprimento de obrigação acessória]. Multa: R\$ 1.857,83.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0350-04/05 (fls. 85 a 88), a 4ª JJF julgou o Auto de Infração procedente. Não resignado com essa Decisão, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 101 a 109).

A 1ª CJF, por meio do Acórdão CJF Nº 0459-11/05 (fls. 118 a 121), deu provimento parcial ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte. Considerando que não tinha sido entregue ao autuado cópia dos relatórios analíticos produzidos pelas administradoras de cartão de crédito, a Decisão da primeira instância referente à infração 1 foi declarada nula, tendo sido determinado o retorno dos autos à primeira instância para saneamento e, posteriormente, nova Decisão acerca desse item. Por seu turno, a Decisão de primeira instância referente à infração 2 foi mantida inalterada pela 1ª CJF.

Ao retornar o processo à primeira instância, coube à 2ª JJF, relativamente à infração 1, sanear o vício indicado pela 1ª CJF, reabrir o prazo de defesa e proferir nova Decisão.

O processo foi convertido em diligência (fls. 132 e 133), para que fosse entregue ao autuado cópia dos relatórios de informações TEF diários e, em seguida, reaberto o prazo de defesa. A diligência foi atendida, conforme documentos acostados às fls. 136 a 139.

Tempestivamente, o autuado apresentou nova defesa, o autuante prestou a informação fiscal e, posteriormente, o Auto de Infração foi julgado procedente (Acórdão JJF N° 0341-02/06).

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator do Acórdão JJF N° 0341-02/06 ressaltou que, apesar de a diligência não ter sido cumprida exatamente como foi solicitada, considerava que os disquetes entregues ao autuado foram abertos e os dados neles existentes se mostraram suficientes para o exercício do direito de defesa do contribuinte.

O exame pericial solicitado pelo autuado foi indeferido, pois entendeu a 2<sup>a</sup> JJF que a solicitação não estava devidamente fundamentada e, além disso, a prova do fato não dependia de conhecimento especial de técnicos. Salientou o relator que não se justificava a conversão do pedido de perícia em diligência, uma vez que o contribuinte não apontou qualquer erro, mesmo que amostragem, ou algum elemento concreto capaz de ser verificado ou conferido.

No mérito, a infração 1 foi julgada procedente, pois entendeu a 2<sup>a</sup> JJF que o contribuinte não comprovou a improcedência da presunção legal que embasou a autuação.

Ressaltou o relator que a infração 2 já tinha sido julgada procedente pela 4<sup>a</sup> Junta, tendo sido essa Decisão confirmada pela 1<sup>a</sup> Câmara. Explicou que não cabia às Juntas de Julgamento Fiscal examinar a questão referente à anulação parcial de Decisão proferida pelas Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que o processo foi encaminhado à 2<sup>a</sup> JJF para instrução e julgamento, quando deveria ter retornado à 4<sup>a</sup> JJF, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do processo, argumentando que a 1<sup>a</sup> CJF não poderia anular parcialmente o Acórdão JJF N° 0350-04/05, pois, quando uma Decisão é anulada por cerceamento de defesa, ela é totalmente nula, já que julgamento é uno. Sustenta que a 1<sup>a</sup> CJF não deveria ter examinado o segundo item do lançamento.

O recorrente também suscita a nulidade do processo por cerceamento de defesa, argumentando que não foi permitida a realização de qualquer prova, sob a alegação de que a cobrança decorria de uma presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Aduz que cabia ao fisco provar a omissão de saída imputada ao contribuinte. Assevera que não é lícito ao julgador indeferir a realização de prova essencial para o deslinde da questão. Diz que a prova dos fatos articulados no Auto de Infração e na defesa só poderia ser feita por meio de perícia. Ressalta que a 2<sup>a</sup> JJF não promoveu a juntada dos relatórios TEF diários determinada pela 1<sup>a</sup> CJF, cerceando o seu direito de defesa.

O recorrente discorre longamente acerca do vocábulo “presunção” e transcreve trechos de livros jurídicos sobre a matéria. Em seguida, afirma que a divergência entre os valores das vendas apuradas e os valores das vendas pagas por meio de cartão de crédito não pode conduzir à presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis, pois as receitas das empresas são originadas de vendas de mercadorias não tributadas, tributadas e tributadas por substituição tributária, bem como de prestações de serviços.

Afirma que foi arbitrada a base de cálculo do imposto sem que tivesse ocorrido qualquer das hipóteses legais que autorizam tal procedimento. Salienta que o arbitramento só é permitido em casos excepcionais previstos na legislação. Aduz que a Constituição Federal, no art. 145, § 1º, prevê que a tributação seja de acordo com a capacidade econômica do sujeito passivo. Menciona que o fisco tinha em mãos todos os elementos para efetuar uma fiscalização e apurar se houve ou não omissão de receitas. Para corroborar suas alegações, cita Decisão proferida por órgão julgador administrativo do Estado do Pará.

Afirma que conseguiu encontrar “reduções z” referentes aos meses de julho/03, março/04, abril/04 e maio/04, as quais não foram apresentadas ao fisco no momento da ação fiscal. Diz que o cálculo apresentado pelo autuante em relação ao mês de maio de 2004 está incorreto, pois se trata de uma empresa optante pelo regime do SIMBAHIA.

Referindo-se à infração 2, o recorrente afirma que a autuação é improcedente, uma vez que o fato descrito não configura infração, bem como foi decorrente de impossibilidade momentânea de emissão de cupom fiscal. Aduz que não houve dolo, fraude ou simulação, assim como não implicou falta de recolhimento do imposto. Transcreve o disposto no art. 158 do RPAF/99.

Ao finalizar, o recorrente solicita que sejam acolhidas as preliminares e que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em Parecer às fls. 190 a 192, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a nulidade da infração 1 não afeta a infração 2, pois o processo administrativo fiscal é pautado pelo princípio da verdade material, ao contrário do que ocorre no processo judicial. Aduz que não houve inobservância do princípio do juiz natural, uma vez que foi assegurada a análise imparcial dos fatos por julgadores independentes e sem qualquer relação com a atividade de lançamento tributário, permitindo ao recorrente esgotar todas as formas de defesa. Sustenta que o fornecimento dos relatórios TEF diários em arquivos magnéticos não cerceou o exercício do direito de defesa do contribuinte.

No mérito, o ilustre procurador afirma que não há qualquer razão para a improcedência da autuação, haja vista que o recorrente não comprovou a improcedência da presunção legal que embasou a exigência fiscal. Ao final, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Nelson Antônio Dahia Filho, de ofício, suscitou a nulidade relativamente aos fatos ocorridos no mês de julho de 2003, por entender que só a partir de 21 de janeiro de 2004 os contribuintes passaram a ter a obrigação de discriminá-lo no cupom fiscal a forma de pagamento da operação realizada.

## VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo Conselheiro Nelson Antônio Dahia Filho, segundo o qual no mês de julho de 2003 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 indicar, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05 não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o entendimento predominante deste CONSEF sobre a matéria.

Quanto às preliminares de nulidade suscitadas no Recurso Voluntário, observo que o recorrente alega que, após a Decisão da 1ª CJF, o processo deveria ter retornado à 4ª JJF, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural. Todavia, entendo que a distribuição do processo, mediante sorteio, a outra Junta de Julgamento Fiscal não implicou inobservância do princípio do juiz natural, pois, conforme salientado no Parecer da PGE/PROFIS, “ao contribuinte foi assegurada uma análise imparcial dos fatos por julgadores independentes e sem qualquer relação com a atividade de lançamento tributário lhe possibilitando esgotar todas as formas de defesa”. Dessa forma, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS considero que essa alegação recursal não acarreta a nulidade da Decisão recorrida.

No que tange à preliminar de nulidade referente ao provimento parcial da Decisão recorrida, não há como prosperar a alegação recursal, pois, nos termos do art. 18, § 3º, do RPAF/99, “a nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou conseqüentes”. No caso em tela, o lançamento tributário era composto por duas infrações diferentes e, do mesmo modo, o procedimento fiscal e a Decisão recorrida continham fundamentações distintas. O vício que existia na Decisão recorrida relativamente à infração 1 não possuía qualquer vínculo e não acarretava conseqüência na Decisão referente à infração 2. Ademais, na situação em lide, não se pode olvidar os princípios da informalidade e da celeridade, norteadores do processo administrativo fiscal. Desse modo, afasto essa preliminar de nulidade.

Quanto à preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, considero que não assiste razão ao recorrente, uma vez que os autos comprovam que o exercício do amplo direito de defesa foi garantido e exercido pelo recorrente em sua plenitude. O indeferimento dos pedidos de prova pericial está dentro da competência das Juntas e das Câmaras deste CONSEF, nos termos do disposto nos artigos 145 e 147 do RPAF/99. Observo que os pedidos foram indeferimentos com a devidamente fundamentação, uma vez que o recorrente não demonstrou a necessidade da sua solicitação e não trouxe ao processo qualquer elemento capaz de evidenciar as suas alegações. Para o deslinde das questões não há necessidade de conhecimento técnico especializado, a questão pode ser resolvida mediante a simples juntada de fotocópia de documentos fiscais que, até prova em contrário, devem estar na posse do recorrente. Com o devido respeito, chego a vislumbrar um aspecto meramente procrastinatório na solicitação de prova pericial desprovida de fundamentação e sem uma única evidência do alegado. No que tange ao fato de a juntada dos relatórios TEF diários ter sido efetuada por meio de disquete, não houve qualquer prejuízo para o exercício do direito de defesa do contribuinte, especialmente quando se considera o princípio da informalidade no processo administrativo fiscal. Dessa forma, afasto a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

Adentrando no mérito da lide, observo que na infração 1 o recorrente foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido essa irregularidade apurada mediante a constatação de que o recorrente declarou valores de vendas pagas com cartão de crédito em montante inferior ao informado pelas administradoras de cartão de crédito.

De acordo com o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, a constatação dessa irregularidade autoriza ao fisco presumir “a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Os demonstrativos anexados ao processo, dos quais o autuado recebeu cópia, comprovam a ocorrência da irregularidade que a lei prevê como suficiente para que se presuma a omissão de saídas. Dessa forma, cabia ao recorrente o ônus de comprovar a improcedência da presunção. Em todas as oportunidades processuais, o recorrente não trouxe ao processo prova capaz de elidir a presunção legal que embasa a autuação.

Alega o recorrente que há receitas decorrentes de serviços, de vendas de mercadorias não tributadas ou tributadas por substituição tributária, contudo não trouxe ao processo uma única prova dessa sua alegação, nem mesmo por amostragem. Ademais, no ramo de atividades de recorrente (comércio de artigos de vestuário), as mercadorias são normalmente tributadas, salvo exceções que não restaram comprovadas pelo recorrente.

Totalmente improcedentes as alegações recursais relativas ao arbitramento de base de cálculo. No presente lançamento, não houve qualquer arbitramento de base de cálculo.

O recorrente alega que localizou “reduções z” que não tinham sido apresentadas, porém não acostou ao processo qualquer prova dessa alegação. Também não há como prosperar as alegações recursais pertinentes ao regime do SimBahia, uma vez que o autuante considerou essa condição do contribuinte, tendo inclusive abatido o crédito presumido de 8%, previsto no art. 19 da Lei nº 7.357/98, conforme já foi bem explicado na Decisão recorrida.

Em face do acima comentado, considero que a infração 1 está caracterizada e que a Decisão recorrida foi acertada.

Quanto à infração 2, ressalto que a mesma não é objeto desse Recurso Voluntário, pois já foi julgada pela 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0350-04/05), tendo sido a Decisão mantida pela 1ª CJF no Acórdão CJF Nº 0459-11/05.

Voto, portanto, 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 voto de qualidade da presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o do Auto de Infração nº 178891.0010/05-0, lavrado contra **R.R. PASSOS ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA. (VIE VIVRE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.907,17**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.857,83**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, do art. 42, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (Quanto ao Exercício de julho/2003): Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (Quanto ao Exercício de julho/2003): Bento Luiz Freire Villa-Nova, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. PGE/PROFIS