

PROCESSO - A. I. Nº 022581.0038/04-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ANDRADE FERREIRA CONSTRUÇÃO LTDA. (CASA ANDRADE)
RECORRIDOS - ANDRADE FERREIRA CONSTRUÇÃO LTDA (CASA ANDRADE) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0236-04/05
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 18/09/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0320-12/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DECLARAÇÃO DE VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Após comprovações e diligência efetuada pela ASTEC houve diminuição do débito originalmente apurado. Nula a exigência fiscal relativamente ao segundo item da autuação. Modificada a Decisão de Primeira Instância. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator em relação ao período de outubro/01 a dezembro/02. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto ao período de janeiro/03 e outubro/03. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a referida Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela Procedência Parcial do Auto de infração em epígrafe.

O Auto de infração exige ICMS no valor de R\$379.475,37, acrescido da multa de 70%, pelas seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (dezembro de 2002 a agosto de 2004) – R\$333.039,71;
2. Omissão de saída de mercadoria decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais, constatado pela não emissão de cupom fiscal (ECF-IF) nas vendas pagas com cartão de crédito ou débito, conforme relação fornecida pelas administradoras (outubro de 2001 a novembro de 2002) – R\$46.435,37.

O autuado, em sua impugnação, transcreveu, inicialmente, todos os artigos e incisos do Regulamento do ICMS deste Estado, apontados pelo autuante como infringidos. Em seguida, afirmou ser fácil a comprovação da insubsistência da ação fiscal, uma vez que não poderia ter discriminado a forma de pagamento de suas vendas através do ECF, já que a legislação que trata de cupom fiscal e ECF, cuja cópia anexou aos autos, não se reporta em qualquer momento sobre

este assunto. Portanto, era permitido o registro em conjunto dos documentos de numeração seguida da mesma série e subsérie. Observou que a lei não poderia retroagir para penalizar o contribuinte. Além do mais, discordou da forma como foi feita a auditoria fiscal, a denominando de altamente punitiva e pouco didática.

Às fls. 492/493 dos autos, consta uma relação elaborada pelo impugnante, discriminando mês e ano, faturamento, “outros meios” e “meio de PG, Cartão C/D”, porém sem maiores explicações.

Solicitou, por fim, diligência fiscal e a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação (fl. 496), ratificando o procedimento fiscal. Informou, ainda, que na escrita contábil da empresa não consta lançada a movimentação financeira com Bancos, onde poderiam ser demonstradas as transações financeiras do autuado com as administradoras de cartão de crédito.

Diante da lide instalada e para o seu correto julgamento, a 4ª JF baixou os autos em diligência à Inspetoria de Santo Antonio de Jesus para que o autuado anexasse, aos autos, todas as comprovações que disse possuir. Foi observado que estas provas deveriam ser feitas através de demonstrativo, onde fossem relacionados os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, resumindo-os mensalmente e comparando-os com o valor informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito anexado ao processo, referente ao período em exame. Além do mais, que aos autos fossem apensados os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e os respectivos documentos fiscais, objetivando comprovar todas as informações apresentadas no citado demonstrativo (fl. 499).

O autuado, em atendimento ao solicitado (fls. 504/507), inicialmente apresentou o mesmo demonstrativo que havia feito na sua defesa. Em seguida, reafirmou que, à época, não era obrigado, pela legislação vigente, a discriminar nos cupons fiscais de vendas, a forma destas operações. Citando o art. 824-E, § 3º, I, do RICMS/97, que foi indicado quando do pedido de diligência por esta 4ª JF, observou que o mesmo somente foi acrescentado ao Regulamento pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, e que o § 4º, do citado artigo somente foi acrescentado pela Alteração nº 51 – Decreto nº 8.882, de 20/1/2004.

Prosseguindo com sua argumentação, afirmou que independente de ter autorizado às diversas administradoras de cartões de crédito de informar seu faturamento no final do ano de 2002, dentro das exigências legais, entendeu que se encontrava desobrigado das exigências determinadas no § 4º, do art. 824-E, do RICMS/97. Além do mais:

1. não estava claro no § 3º, do citado artigo, em que anverso da via de qual documento deveria ser informado o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação, pois esta informação poderia ser na via entregue ao consumidor.
2. não estar previsto na legislação a obrigação de guardar documentos para-fiscais, que são extremamente frágeis.

Em seguida, noticiando de que depois de grande esforço, conseguiu comprovar algumas operações do exercício de 2003, que indicou, apensou aos autos os comprovantes das operações.

Através do Acórdão JF nº 0236-04/05, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de infração, sob o entendimento de que:

- a) para melhor entendimento da lide, o pronunciamento acerca da segunda infração deve anteceder ao da primeira, decidindo que *“A presunção legal que autoriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto somente foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. E no Regulamento esta disposição legal somente foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002. Portanto, nos exercícios de 2001 e 2002 não existia previsão legal para apuração do ICMS através desta auditoria, o que me leva a decidir pela insubsistência da ação fiscal relativa a infração apontada como 2 do presente Auto de infração”*;

- b) no que concerne à infração 1, decidiu o *a quo* que “*Em relação a dezembro de 2002, a infração não pode ser mantida como já explanado anteriormente*”, todavia, “*a partir de janeiro de 2003, a infração já se encontrava inserida e em vigor na lei tributária estadual*”; quanto à alegação defensiva, asseverou que não comungava com a mesma, uma vez que “*Em primeiro lugar, como dito, a auditoria realizada está respaldada na norma em vigor*”, bem como porque “*o art. 824-E determina, desde 1/1/2003 (Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, DOE de 31/12/2002), que a impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point Of Sale (POS), ou qualquer outro, que possua Recursos que possibilitem ao contribuinte a não emissão do comprovante*”; ademais, o § 2.º, do aludido dispositivo legal “*determina que a operação de pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito não deverá ser concretizada sem que a impressão do comprovante tenha sido realizada no ECF*”; logo, prossegue, “*o impugnante não poderia, como dito, não lançar suas vendas através de cartão de crédito e/ou débito sem indicar no ECF. E o § 3º do citado artigo somente tem validade nos casos em que o comprovante não seja impresso no equipamento fiscal. Neste caso, deve ser informado no anverso do respectivo comprovante, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se necessário, do número sequencial do equipamento no estabelecimento. Neste momento ressalto que a determinação legal é clara, não dando motivo a qualquer interpretação outra de que esta informação deve ser feita no comprovante de crédito e/ou débito emitido. E, a indagação do defendente de que não poderia saber se poderia ser aquele que fica em poder do consumidor final não tem qualquer sentido*”;
- c) além disso, ressaltou que “*quanto ao argumento de que não é obrigado a guardar os documentos extra-fiscais, tem razão. Porém, observo que a desconstituição da presunção legal cabe ao contribuinte. Este Colegiado, para perquirir a verdade material dos fatos, ainda diligenciou os autos para que o próprio impugnante desconstituisse a infração, já que as provas se encontravam em seu poder. E, por fim, quanto ao argumento de que o § 4º do art. 824-E, do RICMS/97 somente foi acrescentado pela Alteração nº 51 – Decreto nº 8.882, de 20/1/2004, entendo que não pode ser argumento á desconstituição da infração já que suas determinações são aquelas constantes do Convênio ECF nº 01/01, publicado no Publicado no DOU de 12/7/2001, ao dispor sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito. Neste Convênio, que indica outra forma de comprovação das vendas realizadas por cartão de crédito e/ou débito, lá consta que caso o contribuinte não queira de adequar às determinações que a legislação determina (no caso deste Estado, o art. 824-E, caput, do RICMS/97) poderá autorizar as administradoras de cartões de crédito ou de débito com que transacionem a informar discriminadamente à Secretaria da Fazenda o valor do faturamento do estabelecimento usuário do equipamento correspondente às operações e prestações com pagamento efetuado com os referidos cartões*”; transcreveu a Cláusula Primeira do referido Convênio, observando que esta opção foi aderida pelo contribuinte, não tendo o mesmo registrado “*qualquer venda no seu ECF através de cartão de crédito e/ou débito e autorizou as administradoras a fornecer as informações, conforme contratos que anexou aos autos (fls. 519/520)*”, entendendo, ainda, que “*O fato desta opção somente ter sido inserida no Regulamento em 20/1/2004, ela já existia através do citado Convênio e pelo autuado foi utilizada*”;
- d) deve ser feito o cálculo da infração 1, uma vez que o sujeito passivo trouxe aos autos comprovações de algumas vendas realizadas, tendo sido feito o levantamento fiscal dos meses de janeiro e outubro de 2003 e agosto de 2004, reduzindo-a para o montante de R\$311.167,74.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o autuado Recurso Voluntário, questionando, inicialmente, como se pode falar que os valores de vendas lançadas com valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartões se no exercício de 2003 o mesmo faturou R\$2.259.083,68, sendo R\$1.078.195,16 pago em dinheiro ou cheque e R\$1.180.888,52 em cartões de crédito ou débito. Aduz que as vendas realizadas através de Cartões atingiram o

percentual de 52%, enquanto que as vendas realizadas com pagamento em dinheiro ou cheque atingiram o percentual de 48%, conforme demonstrativo que indica em sua peça recursal. A mesma argumentação é suscitada no que tange ao exercício de 2004, período de janeiro a agosto, em que o recorrente vendeu R\$1.824.370,49, sendo R\$1.169.390,41 pago em dinheiro ou cheque e R\$654.980,08 em cartões de crédito ou débito. Argumenta que as vendas realizadas através de Cartões atingiram o percentual de 64%, enquanto que as vendas realizadas com pagamento em dinheiro ou cheques atingiram o percentual de 36%, conforme demonstrativo que junte à peça recursal. Ressalta que no período de janeiro de 2003 até agosto de 2004 houve um faturamento de R\$4.083.454,17, sendo R\$2.247.585,57 em dinheiro e R\$1.835.868,60 em cartões de débito ou crédito. Alega que as vendas realizadas através de Cartões no período acima aludido atingiram o percentual de 45%, enquanto que as vendas realizadas com pagamento em dinheiro ou cheques atingiram o percentual de 55%, conforme quadro apresentado. Afirma que o histórico das vendas do estabelecimento nos últimos 5 anos tem sido crescente e compatível com a inflação do período, apesar da decadência que a Ilha enfrenta em função das deficiências do *Ferry Boat*. Insiste no fato de que obviamente o autuante não examinou o livro de Registro de Saídas e as Notas Fiscais emitidas, assim como os documentos fiscais emitidos pelo ECF para compará-los com os boletos dos Cartões de crédito ou débito. Se tivesse feito uma auditoria regular, prossegue, não lavraria o Auto de infração que está sendo objeto de Recurso, porque teria verificado a inexistência de omissão de vendas. Insurge-se quanto ao roteiro de fiscalização aplicado, uma vez que não foi analisado sequer um documento do recorrente. Assinala que não existe sonegação fiscal na escrita da empresa, tendo havido apenas erro de operação do equipamento emissor de cupom fiscal, visto que os mesmos foram emitidos sem que fossem destacadas as vendas através de cartões, tendo sido os lançamentos feitos de forma englobada, mas com recolhimento do imposto. Informa que cabe ao Fisco fazer a prova do que alega, não podendo a autuação se basear em meros indícios ou presunções, havendo inúmeras decisões tanto dos tribunais administrativos, quanto judiciais, transcrevendo uma nesse sentido.

Aduz que realizou um levantamento fiscal por amostragem, em função do curto prazo para recorrer, logrando êxito em provar, nos exercícios de 2003 e 2004 que as vendas de cartões foram regularmente lançadas nos livros de Registro de Saídas, conforme quadro demonstrativo indicado. Argumenta que somente neste demonstrativo conseguiu provar o lançamento de R\$85.090,22 com pagamento do ICMS no valor de R\$14.465,34, o que atesta que a auditoria realizada pelo digno autuante foi superficial e por isso não deve prosperar. Transcreve o art. 2.º, § 3.º, do RICMS para salientar que não faz sentido a afirmação do autuante de que não consta da escrita contábil da empresa a movimentação financeira com bancos, onde poderia ser demonstrado as transações financeiras com as administradoras de cartão de crédito; porém, tal assertiva não faz sentido, uma vez que o livro diário da empresa em nenhum momento esteve em poder do autuante, o que prova que os meios utilizados para a autuação foram apenas os demonstrativos apresentados pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Anexa os livros diários referentes aos exercícios de 2003 e 2004, os quais demonstram de forma clara a escrituração da movimentação financeira da empresa, fato que contradiz o argumento mencionado na fl. 496 pelo autuante e encerra qualquer dúvida sobre o assunto. Invoca o art. 824-E, § 2.º, para afirmar que trabalha, em maior volume, com mercadorias com antecipação tributária, à luz do art. 353, do RICMS, quais sejam, cimento, telhas, tijolos, blocos, tubos, calhas, manilhas, ladrilhos, placas, lajes, azulejos, tintas, massa corrida, etc. Apresenta novo quadro demonstrativo indicando a receita bruta mensal de forma detalhada para servir de avaliação e percepção acerca da incoerência na penalidade aplicada pelo autuante. Anexa Termo de Arrecadação de Documentos, o qual demonstra de forma clara os documentos utilizados pelo autuante para apuração dos fatos, não constando do mesmo qualquer entrega de documento referente ao exercício de 2004, fato este ocorrido em face de sua não solicitação, inexistindo, pois, elementos suficientes para respaldar a infração. Ademais, prossegue, não percebeu o ilustre autuante que no período de 01 a 05 de janeiro de 2004 o equipamento ECF estava sob intervenção e dessa forma todas as vendas foram realizadas através das Notas Fiscais, série U, de n.º 7862 a 7886, o que atesta, mais uma vez, que a auditoria realizada pelo digno autuante foi superficial e por isso não deve prosperar. Argui que pelo demonstrativo acostado aos autos no período em que

esteve sob intervenção foi lançado R\$23.192,73 de vendas, as quais não foram consideradas pelo autuante, conforme quadro demonstrativo que indica.

Ao final, pugna pela Improcedência do Auto de infração ou, se assim não entender este CONSEF, que sejam excluídos da autuação os valores lançados e provados nos demonstrativos que fazem parte integrante deste Recurso Voluntário, determinando-se a realização de diligência nesse sentido.

A ilustre procuradora da PGE/PROFIS, inicialmente, solicita a realização de diligência por parte da ASTEC para que intime o contribuinte para, no prazo legal, apresentar todos os demais documentos com os quais pretende comprovar os registros das vendas por cartões de crédito, bem assim que sejam analisados em conjunto com os já apresentados, elaborando, se for o caso, novo demonstrativo de débito.

Através de pauta suplementar, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu converter o PAF em diligência, a fim de que fiscal estranho ao feito intimasse o recorrente para, no prazo legal, apresentar todos os demais documentos com os quais pretende comprovar os registros de vendas por cartões de crédito, cotejando-os em conjunto com os já apresentados, para fins de verificação de eventual equívoco da autuação. Requereu, ainda, que vindo a ser identificada a existência de equívocos por parte do fiscal autuante, que fosse elaborado novo demonstrativo de débito, entregando-se cópia ao autuante e autuado para, querendo, se manifestar e posteriormente encaminhando os autos para a PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo.

Petição do autuado colacionando aos autos procuração outorgada em favor de advogado regularmente constituído.

Em cumprimento à diligência solicitada, o ilustre auditor Olavo José Gouveia Oliva, através do PARECER ASTEC n.º 0055/2006, se manifesta salientando que foram encaminhadas à autuada duas intimações, a primeira datada de 15 de dezembro de 2005, quando foram encaminhadas as cópias dos Relatórios TEF's emitidos pela SEFAZ, relativos aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, como também o pedido para comprovação das vendas registradas através da Redução Z do equipamento ECF em cotejo com o Livro de Registro de Saída de Mercadorias. A 2.ª intimação, com data de 27/12/2005, foi encaminhada ao Sr. Edimilson, com pedido semelhante para atendimento no prazo regulamentar. O autuado não atendeu à intimação na forma solicitada, não demonstrando, no seu entender, intenção em comprovar as alegações argüidas na peça impugnatória, tendo se limitado a fornecer os seguintes documentos: livros Registro de Entrada de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS, relativos aos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Ressalta que a análise dos aludidos documentos não é suficiente para comprovar se as vendas realizadas através do ECF incluem operações comerciais efetivadas por meio de cartões de crédito. Reafirma que a apresentação dos documentos necessários à elucidação da questão não ocorreu, restando prejudicado o trabalho de revisão. Conclui aduzindo que elabora uma nova planilha com os elementos acostados ao Recurso Voluntário interposto pelo autuado, a fim de que o ilustre julgador forme seu juízo de valor sobre a matéria discutida, indicando, quanto ao exercício de 2003, ICMS devido no valor de R\$192.103,72, e de referência ao exercício de 2004, a importância de R\$105.996,75. Salienta que alguns lançamentos relativos aos documentos acostados aos autos não estão registrados na data correspondente no livro Registro de Saídas de Mercadorias na coluna ECF, a exemplo da cópia do documento apensado à fl. 12, no valor de R\$7.700,00, do dia 26/04/2004, que não foi encontrado o correspondente registro nesta data, como também a cópia do documento acostado à fl. 16, no valor de R\$5.500,00, do dia 01/04/2004.

O autuado se manifesta nos autos acerca do Parecer ASTEC, asseverando que foram entregues ao diligente, atendendo à sua 2.ª intimação, 489 folhas do processo em epígrafe, de fls. 28 a 516, conforme atesta a fotocópia do DAE jungido ao petitório. Afirma que a diligência não observa que a empresa tem vendas suficientes para absorver os cartões de crédito lançados indevidamente como operação à vista, bem como que a empresa opera com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja tributação é toda ela antecipada, quais sejam, cimento, telhas, tijolos, blocos, tubos, calhas, manilhas, ladrilhos, placas, lajes, azulejos,

tintas, massa corrida, etc, representando essa antecipação tributária um percentual de 63% (sessenta e três por cento) das vendas que realiza, conforme demonstrativo que segue, extraído do livro de Saídas. Por fim, salienta que a intimação para apresentação de comprovantes de vendas registradas através de redução Z apresenta uma contradição, vez que não é verdade que a empresa tenha deixado de apresentar essas fotocópias, visto que as mesmas já estão acostadas ao processo muito antes da diligência. Ademais, insiste no fato de que o ilustre autuante não percebeu que no período de 01 a 05 de janeiro de 2004 o equipamento ECF estava sob intervenção e, desta forma, todas as vendas foram realizadas através das Notas Fiscais da série U, de n.º 7862 a 7886, não estando excluído tais valores do demonstrativo feito pelo diligente. Requer a realização de nova diligência, a fim de que sejam analisados os referidos argumentos, notadamente porque a empresa está organizando e planilhando todas as saídas de ECF com o cartão de crédito, fato não atentado pelo revisor.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS, após tecer esboço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual assevera que caberia ao autuado fazer prova contrária à presunção normativa colacionando aos autos os documentos fiscais que elidisse a divergência apontada pela administradora de cartão, especialmente aqueles relativos às vendas com cartão de crédito e débito, vinculando-os aos dados informados pelas administradoras, o que não ocorreu. Ressalta que as informações advindas do exame dos livros contábeis ou fiscais do contribuinte não se prestam a fazer elisão da presunção legal ora rechaçada, pois a única forma de elidir tal prova indireta de omissão de saídas seria a colação de documentos fiscais emitidos e declarados no ECF, salvo as hipóteses estabelecidas na norma, vinculando-os com os boletos fiscais emitidos pelos equipamentos de transferência eletrônica de fundos. No que se refere à utilização de documentos fiscais D1, por supostas intervenções no ECF, também não merece apreço o argumento recursal, visto que deveria o mesmo fazer a juntada dos atos de intervenção no ECF, devidamente registrado no Livro Fiscal RUDEFTO, delineando, desta forma, o motivo da intervenção, além, é claro, de vincular os documentos emitidos com os valores lançados no equipamento TEF.

Com relação à tese de aplicação da proporcionalidade, manifesta-se o nobre Parecerista no sentido de que esta tem sido a nova orientação das Câmaras do CONSEF. Todavia, prossegue, no caso vertente, não há como se acolher tal desiderato, uma vez que o cotejo entre as mercadorias tributadas e as não-tributadas (isentas/substituição tributária) restou prejudicado pela não aceitação das notas fiscais emitidas manualmente, especificamente às Notas Fiscais n.ºs 7862 a 1886, conforme o entendimento acima alinhado. Ao final, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento, decidiu esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converter novamente o processo em diligência à ASTEC, do CONSEF, tendo em vista a assertiva do contribuinte, constante de sua peça recursal, no sentido de que opera tão-somente com 37% de mercadorias tributáveis, objetivando que aquele órgão de assessoria verificasse, na escrita fiscal do contribuinte e nos documentos que lhe dão suporte, qual o percentual de saídas de mercadorias tributadas, não tributadas ou com imposto já recolhido pelo regime da substituição tributária, relativamente ao período objeto do presente lançamento de ofício, procedendo ao cálculo do valor residual do Auto de infração, considerando apenas o percentual de saídas de mercadorias com débito de ICMS.

Através do Parecer ASTEC n.º 0030/2007, informou o diligente que *“no período sob exame, janeiro/2003 a agosto/2004, a empresa comercializava tanto mercadorias tributadas normalmente, quanto sujeitas ao regime de substituição tributária”*, tendo sido elaborado o demonstrativo de fl. 1286, calculando o percentual das saídas tributadas e não tributadas, restando demonstrado, de igual forma, que a empresa também comercializava com mercadoria sujeita à antecipação tributária. Concluiu o aludido Parecer ressaltando que *“para cálculo do imposto devido foi aplicado sobre o débito exigido no julgamento de Primeira Instância, fl. 528/529, o percentual das saídas tributadas normalmente conforme demonstrativo à fl. 1.287, apurando o imposto devido de R\$113.295,96, que anteriormente era de R\$311.167,74”*, conforme demonstrativo de débito que, ao final, apresenta.

Intimados autuante e autuado acerca do resultado da diligência, apenas este último se manifestou, através de petição jungido às fls. 1.291 a 1.296 dos autos. Salienta que a diligência realizada não resolveu a questão por completo, visto que não foi apurado no presente Auto de infração que as vendas através de cartão de crédito foram superiores aos faturamentos, à luz das planilhas constantes do Recurso Voluntário e reiteradas em sua manifestação. Ressalta que o fato é que não ocorreu saídas em montante superior aos valores de venda da escrita fiscal. Invoca e transcreve Ementas das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF de n.ºs 0478-02/04 e 0513-01/04 para, ao final, postular pela improcedência do Auto de infração.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, reitera parcialmente o Parecer anteriormente exarado nos autos, ao tempo em que concorda com o resultado da diligência realizada pela ASTEC, que promoveu reduções concernentes à proporcionalidade, opinando, ao final, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, há que ser enfrentado o pedido de realização de diligência novamente formulado pelo autuado.

Entendo, no particular, que desnecessária se faz a realização de nova diligência, já produzida por duas vezes nos autos e esclarecedora dos fatos objeto da presente autuação, uma vez que a exposição fática e os fundamentos jurídicos ali existentes são suficientes à formação da minha convicção, à luz do quanto disposto no art. 147, do RPAF/99. Rejeito, portanto, o pedido de diligência formulado pelo contribuinte.

No que concerne à análise do Recurso Voluntário propriamente dito, entendo que merece ser reformada, em parte, a Decisão ora recorrida. Isso porque, tal qual alega o recorrente desde a sua peça impugnatória, não estava o mesmo obrigado a indicar, no seu ECF, a modalidade de venda pelo mesmo realizada até o mês de janeiro de 2004, inclusive, notadamente porque o § 7.º foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração n.º 51, através do Decreto n.º 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04, razão pela qual somente a partir daquela data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no Cupom Fiscal o meio ou forma de pagamento adotado na operação ou prestação.

Esse, inclusive, é o entendimento constante dos Acórdãos n.ºs 0184-11/05, da lavra do Conselheiro Ciro Roberto Seifert, e 0196-12/05, da nossa lavra, os quais se aplicam inteiramente ao presente caso.

Por tal razão, em relação ao período da autuação que abrange os meses de 2003 e janeiro de 2004, inclusive, voto pela NULIDADE da autuação.

Quanto aos meses de fevereiro a agosto de 2004, que também integram a autuação, acolhemos os valores indicados na última diligência realizada pela ASTEC através do demonstrativo de fl. 1.285 que reduziu o valor do ICMS para o montante de R\$37.591,93, notadamente porque caberia ao autuado o ônus de demonstrar os demais equívocos da autuação, o que efetivamente não ocorreu.

No tocante à alegação de que utilizou os documentos fiscais D1 durante os primeiros dias de janeiro por supostas intervenções no ECF, também não merece apreço o argumento recursal, visto que deveria o mesmo fazer a juntada dos atos de intervenção no ECF, devidamente registrado no Livro Fiscal RUDFTO, delineando, desta forma, o motivo da intervenção, além, é claro, de vincular os documentos emitidos com os valores lançados no equipamento TEF.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de reduzir a condenação atinente à infração 1, objeto do Auto de infração, para o valor de R\$37.591,93.

No que diz respeito ao Recurso de Ofício apresentado, entendo que merece ser mantida, no particular, a Decisão recorrida.

A improcedência da infração 2 restou demonstrada nos autos, visto que a presunção legal que autorizou a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto somente foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicada no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Outrossim, no Regulamento, a aludida disposição legal somente foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002.

Por tal razão, nos exercícios de 2001 e 2002 não existia previsão legal para apuração do ICMS através da auditoria realizada na presente autuação, sendo manifesta a improcedência da referida infração.

A mesma argumentação se aplica em relação ao mês de dezembro de 2002, objeto da infração 1, que também deve ser excluído da autuação.

Além disso, no que tange aos meses de janeiro e outubro de 2003, julgo PREJUDICADO o Recurso de Ofício, em face da nulidade decretada quando da apreciação do Recurso Voluntário. Quanto ao mês de agosto/04 logrou êxito o recorrente em comprovar algumas das vendas realizadas, pelo que deve ser mantida a redução sugerida pela Colenda 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ex positis, voto no sentido de PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício apresentado, tão-somente para julgar prejudicado o período de janeiro a outubro de 2003.

VOTO VENCEDOR

Com o devido respeito, discordo do brilhante voto proferido pelo ilustre relator, conforme passo a me pronunciar.

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual abrange toda a infração 2 e parte da infração 1, considero que a Decisão recorrida está correta, porém divirjo quanto à fundamentação utilizada pela primeira instância.

Em relação à infração 2, a Decisão recorrida foi acertada, pois a infração não pode subsistir. Todavia, entendo que o autuante não fundamentou a exigência fiscal na presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Com base na descrição do fato, depreendo que a irregularidade constatada pelo autuante foi a falta de pagamento do ICMS em decorrência da ausência de lançamento de cupom fiscal nos livros fiscais, tendo sido essa a razão da divisão do lançamento em duas infrações distintas. Contudo, observo que o autuante não trouxe ao processo elementos capazes de comprovar essa irregularidade e, por esse motivo, a infração em tela não pode subsistir.

Quanto à infração 1, no que tange ao mês de dezembro de 2002, a Decisão recorrida está correta, porém divirjo apenas da fundamentação adotada pela primeira instância, conforme já me pronunciei no parágrafo anterior.

Relativamente aos meses de janeiro e outubro de 2003 e agosto de 2004, o recorrido logrou êxito em comprovar algumas das vendas efetuadas e, por esse motivo, foi correta a retificação efetuada pela 4ª JF.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida e, alterar de insubsistente para NULA a infração 2 e parte da infração 1, conforme explicado acima.

Quanto ao Recurso Voluntário, divirjo do entendimento do ilustre relator quando ele afirma que, em relação ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004, não estavam os contribuintes obrigados a indicar nos cupons e notas fiscais o meio de pagamento adotado nas operações, 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. Além do mais, como bem salientou a relatora da Decisão recorrida, essa obrigatoriedade já era prevista

desde a edição do Convênio ECF 01/98. Ressalto que os Acórdãos CJF nºs 0184-11/05 e 0196-12/05 não podem ser considerados como precedentes válidos, pois contradizem a legislação tributária estadual e não refletem o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Afasto a alegação recursal pertinente ao faturamento e às vendas pagas com dinheiro e cheque, uma vez que a auditoria fiscal realizada visava a confrontar as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito com as informadas pelas administradoras de cartão. Seria uma insensatez comparar a venda total do estabelecimento com a venda informada pelas administradas de cartão, uma vez que a primeira seria sempre superior à segunda.

Efetivamente, não há nos autos prova de que o confronto entre os livros Registro de Saídas e os documentos fiscais tenha sido realizado. Contudo, em relação à infração 1, esse confronto era desnecessário, uma vez que a exigência fiscal estava baseada em uma presunção legal – art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96; já no que tange à infração 2, a ausência desse confronto prejudicou a caracterização da acusação e acarretou a insubsistência dessa infração, conforme já me pronunciei no Recurso de Ofício.

O recorrente alega que emitiu documentação fiscal relativamente às saídas tidas como omitidas. Todavia, nos termos do disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, cabia a ele o ônus dessa comprovação, o que não restou provado nos autos.

No que tange à questão das operações isentas, não tributadas ou tributadas por substituição tributária, o valor a recolher deverá ser apurado segundo o percentual das saídas tributadas realizadas pelo recorrente no período, conforme apurado na diligência efetuada pela ASTEC. Dessa forma, a infração 1 subsiste parcialmente, no valor de R\$113.295,96, conforme demonstrativo elaborado pela ASTEC à fl.1.285.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 1 procedente em parte, no valor de R\$113.295,96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de infração nº 022581.0038/04-6, lavrado contra **ANDRADE FERREIRA CONSTRUÇÃO LTDA. (CASA ANDRADE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$113.295,96**, 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, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTÔNIO DAIHA FILHO – RELATOR/VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REP. PGE/PROFIS