

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0505/05-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HENRIQUE ALVES DOS SANTOS (J.H. COMSÉTICOS E CONFECÇÕES)
RECORRIDOS - HENRIQUE ALVES DOS SANTOS (J.H. COMSÉTICOS E CONFECÇÕES) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0280-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0483-12/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Restou comprovada a existência de vendas através de cartões de crédito/débito, erroneamente registradas no ECF, na modalidade dinheiro. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$72.095,36, em razão falta de recolhimento do imposto referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Trata-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada no confronto entre as vendas por cartões de crédito/débito declaradas e as efetivamente realizadas consoante informes das respectivas administradoras.

O autuado apresentou defesa, onde alegou que a diferença apurada decorreu de vendas pagas com cartões que foram indevidamente registradas como pagas a dinheiro. Na informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal.

O processo foi convertido em diligência, para que fosse entregue ao autuado cópia dos demonstrativos TEFs diários, com a posterior reabertura do prazo de defesa.

Atendida a diligência, o autuado apresentou nova defesa, reiterando que vendas pagas com cartão foram registradas como sendo quitadas a dinheiro. Anexou ao processo cópia de notas fiscais, fitas-detalhes originais e boletos de cartões. Solicitou a realização de diligência para que fossem cotejados os boletos com as fitas-detalhes e as notas fiscais. Apresentou planilhas.

Foi designado um auditor fiscal estranho ao feito para prestar a informação fiscal. Nessa informação, foi sugerida a realização de nova diligência, para que fosse entregue ao autuado cópia dos TEFs diários, operação a operação.

Refeita a diligência sugerida na informação fiscal, o autuado apresentou nova defesa, fls. 2562 a 2564, onde afirmou que, após cotejar as informações dos TEFs diários com os cupons e notas

fiscais, elaborou demonstrativos que apontaram um débito no valor total de R\$ 16.840,55. Salientou que, no entanto, esses valores não são devidos, pois são referentes a operações que foram pagas uma parte em dinheiro e outra com cartão.

O auditor fiscal estranho ao feito designado para prestar a informação fiscal se pronunciou nos autos, fls. 2.698 a 2.699, e, expressamente, concordou com os valores apontados pelo autuado, conforme planilhas de fls. 2.565, 2.566 e 2.567, no valor de R\$16.840,55. Ressaltou que o autuado tem direito ao crédito de 8% por estar inscrito no SimBahia.

Na Decisão recorrida, a primeira instância afastou a arguição de nulidade do lançamento, pois as diligências realizadas, com a reabertura do prazo de defesa, sanaram o processo e permitiram o pleno exercício do direito de defesa. No mérito, a infração foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 16.840,55, conforme constava nos demonstrativos elaborados pelo autuado e que foram acolhidos na informação fiscal.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 196, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde reitera que não deixou de emitir documento fiscal nas vendas pagas com cartão de crédito, sendo que a diferença objeto deste lançamento decorreu de erro de seus funcionários, que registram vendas a cartão como se tivessem sido pagas em dinheiro.

Sustenta que o Auto de Infração deveria ter sido julgado improcedente, pois 77% do valor lançado restaram elididos. Diz que os 23% restantes correspondem a vendas que foram pagas uma parte em cartão e outra em dinheiro ou cheque. Menciona que realizava vendas diárias destinadas a salões de beleza que só eram pagas no final da semana, pelo valor total das vendas. Frisa que, nesses tempos difíceis, não se pode perder vendas por discordar das exigências dos clientes. Aduz que esses fatos são do conhecimento da SEFAZ e que precisam ser considerados na Decisão proferida por este colegiado. Para embasar suas alegações, cita o disposto no art. 112, inc. II, do CTN. Ressalta que não está pedindo que esta Câmara de Julgamento seja benevolente, mas espera que seja feita justiça, pois não houve falta de recolhimento de imposto.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente afirma que a SEFAZ lhe impôs um parcelamento de débito, referente à falta de recolhimento de antecipação parcial pertinente aos meses de março, abril, maio, junho e agosto de 2004, conforme documentos às fls. 2727 a 2734. Diz que caso o Auto de Infração não seja julgado improcedente, deverá ser excluído do valor apurado na Decisão recorrida o montante parcelado, de forma que o valor devido passa de R\$16.840,55 para R\$10.785,03, conforme o demonstrativo de débito à fl. 2717.

Ao finalizar, o recorrente solicita a reforma da Decisão recorrida, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou, alternativamente, procedente em parte.

Ao exarar o Parecer de fls. 2737 e 2738, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as razões recursais não vieram a afastar a presunção legal apurada no levantamento fiscal, bem como vêm desacompanhada de qualquer prova capaz de sustentar o seu deferimento. No que tange ao pedido de exclusão dos valores parcelados, diz que os documentos apresentados pelo recorrente não têm número de protocolo no âmbito da SEFAZ. Opina pelo não provimento do Recurso.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Nelson Antônio Dahia Filho, de ofício, suscitou a nulidade relativamente aos fatos geradores ocorridos durante os exercícios de 2002 e 2003, por entender que só a partir de 21 de janeiro de 2004 os contribuintes passaram a ter a obrigação de discriminar 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 durante os exercícios de 2002 e 2003 ainda não estava em vigor a obrigatoriedade de o contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação. Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a

partir de 21/01/04, porém, desde a edição do Convênio ECF 01/98, já havia a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicarem, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada.

No mérito, verifica-se que o recorrente solicita a decretação da improcedência do lançamento, uma vez que o valor remanescente após a Decisão de primeira instância representa apenas 23% do valor originalmente cobrado. Não vejo como acolher esse pleito recursal, pois o fato de o recorrente ter conseguido comprovar a regularidade de 77% das operações não implica que as demais operações tenham sido também regularmente tributadas.

O recorrente também argumenta que o valor remanescente após a Decisão da primeira instância decorreu de operações de saída de mercadoria que foram pagas uma parte em cartão e outra em dinheiro ou cheque, bem como de procedimentos peculiares de sua clientela. Efetivamente, essas alegações recursais são coerentes com os procedimentos observados em estabelecimentos do porte do recorrente, contudo esses argumentos, por si sós, não são capazes de elidir a diferença que restou comprovada após a Decisão de primeira instância. Ademais, essas alegações recursais não estão provadas nos autos e, portanto, não possuem o condão de invalidar a presunção legal que embasou a autuação.

Alternativamente, o recorrente solicita que os valores parcelados, referentes à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, sejam deduzidos do valor que ainda subsiste. Sobre esse pedido, observo que no período fiscalizado o recorrente apurava o imposto devido pelo regime do SimBahia, tanto que lhe foi concedido o crédito equivalente a 8%, previsto no § 1º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Ao optar pelo regime do SimBahia, o recorrente ficou impedido de utilizar quaisquer créditos fiscais, conforme previsto no art. 396-A do RICMS-BA. Em consonância com esse dispositivo, o art. 93, I-A, do mesmo Regulamento, previa a utilização do imposto antecipado parcialmente como crédito fiscal apenas para os contribuintes inscritos no regime normal. Desse modo, também não há como acolher esse segundo pedido recursal.

Por fim, ressalto que só com o advento da Lei nº 8.542, de 27/12/02, a legislação tributária estadual passou a autorizar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em virtude da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Contudo, no que tange ao exercício de 2002, observo que a acusação está comprovada por meio de um levantamento fiscal, onde ficou evidenciada a realização de operações de saídas de mercadorias pagas com cartão de crédito e que não estavam amparadas por documentação fiscal.

Pelo acima exposto, considero que a infração está parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 16.840,55, conforme decidido em primeira instância, e que o recorrente não trouxe ao processo qualquer elemento novo capaz de modificar essa Decisão.

Quanto ao Recurso de Ofício, não há reparo a fazer na Decisão recorrida a qual está embasada em farta documentação acostada ao processo e, além disso, encontra-se respaldada em reconhecimento expresso do auditor fiscal designado para prestar a informação fiscal.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao Recurso Voluntário)

Inicialmente, mister se faz observar que acompanho o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator no que se refere à análise e fundamentação atinentes ao Recurso de Ofício, bem como do período posterior a janeiro de 2004, exclusive.

Cinge-se a minha insurgência, portanto, tão-somente em relação ao período anterior a janeiro de 2004, objeto de autuação e do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Nesse sentido, acolho a preliminar de nulidade suscitada de ofício na assentada de julgamento.

Isso porque não poderia a fiscalização ter utilizado o critério da presunção legal para embasar a existência de omissão de receita no período anterior a janeiro de 2004, notadamente porque o

mesmo somente foi incorporado ao ordenamento jurídico estadual em 20/01/04, através de Alteração promovida com o Decreto nº 8882.

Conforme entendimento que tenho manifestado em votos anteriores, o § 7º foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração nº 51, através do Decreto nº 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 nºs 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, como se aqui estivessem literalmente transcritos.

Destarte, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para afastar do Auto de Infração os valores referentes aos meses anteriores a janeiro de 2004, inclusive, acompanhando o nobre relator em relação aos demais meses objeto do Recurso Voluntário, bem como no que pertine ao julgamento do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0505/05-5**, lavrado contra **HENRIQUE ALVES DOS SANTOS (J.H. COSMÉTICOS E CONFECÇÕES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.840,55**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Recurso Voluntário

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

VOTO VENCIDO/DIVERGENTE - Conselheiros: Nelson Antônio Daiha Filho e Márcio Medeiros Bastos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

DERALDO DIAS DE MORAES NETO - REPR. PGE/PROFIS