

PROCESSO - A. I. Nº 088299.0008/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GUGA COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.
RECORRIDOS - GUGA COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0083-02/07
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17/03/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/08

EMENTA: ICMS. 1. 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. Modificada a Decisão da primeira instância, para restabelecer e exigência fiscal relativamente ao período de janeiro a novembro de 2003, uma vez que nesse período o disposto no art. 824-E do RICMS-BA já previa a obrigatoriedade de o contribuinte discriminar no documento fiscal a forma de pagamento adotada na operação ou prestação realizada. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM VEZ DA UTILIZAÇÃO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Fato demonstrado nos autos. O contribuinte solicitou o parcelamento do valor cobrado e, expressamente, desistiu do Recurso apresentado. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto pela presidente do CONSEF, nos termos do artigo 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em razão dos seguintes fatos:

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, sendo lançado ICMS no valor de R\$3.656,41, mais multa de 70%;
2. emissão de outro documento fiscal em lugar do decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que o contribuinte está obrigado, aplicada multa de R\$7.589,20.

O autuado apresentou defesa tempestiva, a informação fiscal foi prestada regularmente, o processo foi convertido em diligência e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$8.027,86.

Decidiu a 2^a JJF pela procedência parcial da infração 1, no valor de R\$438,66. Em relação a essa infração, a Primeira Instância acolheu a alegação defensiva de que, no período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004, não havia base legal para se exigir o registro do meio de pagamento adotado. Ao concluir o seu voto, o ilustre relator assim se pronunciou: *“Em suma, excluindo-se, no item 1º, as parcelas relativas aos períodos anteriores à vigência da alteração introduzida pelo § 7º do art. 238 do RICMS, acrescentado pelo Decreto nº 8.882/04, remanescem os valores relativos aos meses de abril, julho, outubro e novembro de 2004, nas quantias de R\$101,03, R\$71,51, R\$202,85 e R\$63,27, respectivamente, totalizando R\$438,66.”*

A infração 2 foi julgada procedente, tendo em vista que a acusação estava caracterizada.

Por considerar que o resultado do julgamento levado a efeito pela primeira instância, no que tange à infração 1, configurava uma Decisão contrária à legislação tributária, a senhora presidente do CONSEF representou a uma das Câmaras deste colegiado, para que fosse o presente processo submetido a uma nova análise, via Recurso de Ofício.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2^a JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF N° 0083-02/07, quanto à infração 2, merece ser reformado.

O recorrente argumenta que a multa aplicada é desproporcional e fere o princípio da razoabilidade, especialmente por se tratar de uma empresa de pequeno porte (EPP). Sustenta que, caso a multa seja mantida, a base de cálculo para a sua incidência deverá ser ajustada, de forma que incida apenas sobre R\$ 438,66, que foi o “valor das operações”. Para embasar suas alegações, cita os Acórdãos CJF N° 0206-12/05 e JJF N° 0186-01/02.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a multa aplicada na infração 2 seja substituída pela prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 50,00.

Em Parecer às fls. 226 a 230, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a Decisão de Primeira Instância referente à infração 1 merece ser reformada de ofício, para que seja incluído também o período referente ao exercício de 2003, uma vez que desde janeiro de 2003 a legislação vigente já permitia a constatação da omissão em tela.

Quanto à infração 2, a ilustre parecerista diz que o fato apurado foi adequadamente enquadrado no tipo legal do art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreveu. Menciona que os contribuintes devem consignar no livro Registro Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências a razão de impossibilitou a emissão do documento fiscal por meio do ECF. Aduz que a multa referente à infração 2 não pode ser absorvida pela multa referente à infração 1, uma vez que as acusações tratam de fatos distintos. Sustenta que não há como atender à solicitação para reduzir a base de cálculo da multa, pois a legislação prevê que a base de cálculo da multa será o valor da operação e não o valor do tributo.

Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em 23/07/07, o recorrente acostou ao processo o documento de fl. 239, onde desiste do Recurso Voluntário interposto, pois optou por parcelar o débito remanescente com base no Decreto nº 10.406/07.

Às fls. 234 a 236, foram acostados extratos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT), onde decidiu parcelar o débito que remanesceu após a Decisão de Primeira Instância, no valor de R\$8.027,86.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à Secretaria do CONSEF, para que o sujeito passivo fosse intimado acerca da interposição de Recurso de Ofício.

Notificado acerca do Recurso de Ofício, o recorrido se pronunciou nos autos, fls. 240 a 242, alegando que o encaminhamento do referido Recurso de Ofício (fl. 208) não especificava em que

parte da Decisão proferida pela 2^a JJF foi contrariada a norma ali apontada, o que diz ter cerceado o seu direito de defesa.

Assevera o recorrido que a exclusão realizada pela primeira instância deve ser mantida, haja vista que não havia base legal para se exigir que se registrasse, no encerramento das vendas no ECF, o meio de pagamento. Diz que a Decisão da primeira instância está em conformidade com o princípio da irretroatividade da lei, não havendo como se falar em aplicação de lei com vigência posterior à ocorrência do fato gerador. Salienta que, caso contrário, caberia ao “recorrente” demonstrar as razões da manutenção do original Auto de Infração. Para embasar suas alegações, transcreve trecho de informação fiscal referente a um outro Auto de Infração.

Ao finalizar, o recorrido solicita que o Recurso de Ofício seja não conhecido ou, caso conhecido, seja não provido.

VOTO

O Recurso Voluntário trata da infração 2, a qual foi julgada procedente em Primeira Instância. Todavia, após a apresentação do Recurso Voluntário, o recorrente parcelou o valor que remanesceu após a Decisão proferida pela 2^a JJF e, além disso, expressamente, desistiu do Recurso interposto. Dessa forma, o Recurso Voluntário fica Prejudicado.

Adentrando no Recurso de Ofício, o qual trata da parte da infração 1 que foi julgada improcedente, observo que o recorrido suscita duas questões preliminares: o cabimento do Recurso interposto e a alegação de cerceamento de defesa.

Quanto ao cabimento do Recurso, ressalto que o disposto § 2º do artigo 169 do RPAF/99 prevê que caberá a interposição de Recurso de Ofício, de iniciativa do presidente do CONSEF, quando a Decisão proferida pela Primeira Instância for manifestamente contrária à legislação tributária, às provas dos autos ou ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados do CONSEF.

No caso em tela, conforme o despacho à fl. 208, considerou a senhora presidente do CONSEF que a Decisão proferida pela 2^a JJF, relativamente a uma parte da infração 1, foi contrária à legislação tributária (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96) e a reiteradas decisões deste CONSEF (Acórdãos nºs 023-12/06, 030-12/06, 032-11/06, 071-11/06, 281-12/05 e 116-11/06). Dessa forma, a interposição do presente Recurso de Ofício é cabível e encontra-se respaldada no § 2º do art. 169 do RPAF/99.

No que tange ao alegado cerceamento de defesa, não vejo como acolher a alegação recursal, pois cabe à presidente do CONSEF apenas interpor o Recurso de Ofício previsto na legislação, restando a este colegiado apreciar se, efetivamente, houve ou não Decisão contrária à legislação ou a reiteradas decisões deste CONSEF e, sendo o caso, efetuar a devida retificação da Decisão recorrida.

Passando ao mérito do Recurso, observo que a matéria objeto do Recurso de Ofício é a Decisão da primeira instância que excluiu da infração 1 – omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito – os valores referentes ao período de janeiro a novembro de 2003, por entender que nesse período ainda não havia previsão legal que obrigasse o recorrido 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, em documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Além do mais, essa obrigatoriedade já era prevista desde a edição do Convênio ECF 01/98.

Não há como acolher a alegação recursal de que o “recorrente”, para manter a exigência fiscal feita na infração 1, deveria ter demonstrado as razões da manutenção do original do Auto de Infração. A exigência fiscal contida na infração 1 está baseada no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, o qual determina que se presuma a ocorrência de omissão de operações de saídas de

mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, sempre que o contribuinte declarar vendas em valores inferiores às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito. A ocorrência do fato que autoriza a presunção legal está demonstrada nas planilhas, das quais o recorrido recebeu cópia.

Considerando que havia base legal para a exigência fiscal que foi julgada improcedente pela Primeira Instância, fica evidente o equívoco da Decisão recorrida e, em consequência, faz-se necessária a sua correção, para que a mesma fique em conformidade com a legislação tributária e com as reiteradas decisões deste CONSEF.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida e restabelecer em sua totalidade a exigência fiscal relativamente à infração 1.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao Recurso de Ofício)

Divirjo do nobre Relator no que se refere à apreciação e julgamento do Recurso de Ofício interposto pela Presidência do CONSEF.

Isso porque, 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, que se aplicam inteiramente ao presente caso, como se aqui estivessem literalmente transcritos.

Destarte, comungo com o entendimento externado pelo julgador de primeira instância e voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 088299.0008/05-9, lavrado contra **GUGA COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.656,41**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.589,20**, prevista no art. 42, XIII-A, "h", da supracitada lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício) - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO/DIVERGENTE (Quanto ao Recurso de Ofício) - Conselheiros: Nelson Antônio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE (Quanto ao Recurso de Ofício)

ALINE SOLANO SOUZA CAZALI BAHIA – REPR. PGE/PROFIS