

PROCESSO - A. I. Nº 088299.0008/05-9
RECORRENTE - GUGA COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0014-12/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 07/07/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0183-12/08

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara que reforma no mérito a de Primeira Instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reconsideração, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 2ª CJF, que deu Provimento ao Recurso de Ofício, para reformar a Decisão proferida pela JJF, e julgar totalmente Procedente o Auto de Infração em lide.

O presente Recurso se insurge, apenas, contra a infração 1, a qual acusa o Sujeito Passivo de omitir as saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

A 2ª JJF, ao julgar a impugnação interposta pelo autuado, votou pela Procedência Parcial do item 1 do Auto de Infração, aduzindo, em síntese, que:

“A defesa reclamou que somente com o advento do Decreto nº 8.882/04, que acrescentou o § 7º ao art. 238 do RICMS, é que passou o fisco estadual a poder aplicar a presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto em face da existência de vendas inferiores às informadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Assinala que foi englobado neste caso o período de janeiro de 2003 a março de 2005, porém a referida alteração efetuada no RICMS passou a vigorar em 21.1.04, de modo que nos períodos anteriores não havia base legal para se exigir do autuado que registrasse o meio de pagamento no encerramento das vendas no ECF.

Tem razão a defesa. A lei tributária não se aplica retroativamente em situação dessa ordem.

Discordo, contudo, do argumento de que a tributação estaria encerrada. Afinal de contas, está provado que a empresa omitiu operações em suas informações ao fisco. O art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02, autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar, dentre outras coisas, a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Como o fiscal autuante, ao fazer a intimação do sujeito passivo, não tivesse observado o mandamento do art. 46 do RPAF, esta Junta, na fase de instrução, determinou que fossem anexados aos autos os relatórios de informações “TEF”, com especificação das vendas diárias, operação por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de

cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente, dos quais foram entregues cópias ao sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa (30 dias).

Diante dos relatórios de informações “TEFs” diários, o autuado teve condições de efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios “TEF” e o que foi registrado no equipamento ECF, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal. Se não o fez, é porque, certamente, não há erros nas informações prestadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Aplica-se, por conseguinte, a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Uma vez que se trata de contribuinte do regime do SimBahia, foi abatido o crédito presumido de 8%, previsto no art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Quanto ao pleito da defesa no sentido de que se abatesse o crédito do imposto pago na chamada “antecipação parcial”, trata-se de postulação sem amparo legal, haja vista que, neste caso, o crédito que a lei autoriza é o presumido, nos termos do art. 19 da supracitada Lei nº 7.357/98.

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 presidente do CONSEF, ao tomar ciência da Decisão proferida pela JJF, interpôs Recurso de Ofício, com fundamento no §2º do art. 169 do RPAF, por entender que tal *decisum* configurava Decisão manifestamente contrária a legislação tributária, mais precisamente o § 4º, art. 4º da Lei 7.014/96, com a alteração introduzida pela Lei nº 8.542/02, bem como ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados pelo CONSEF, a exemplo dos Acórdãos nºs 023-12/06, 03-12/06, 032-11/06, 071-11/06, 281-12/05 e 116-11/06.

O Sujeito Passivo ingressou com Recurso Voluntário, tendo, posteriormente, requerido a sua desistência, por ter optado em parcelar o débito remanescente, com fundamento no Decreto nº 10.406/07, que dispõe sobre o parcelamento especial de débitos tributários para fins de ingresso no Simples Nacional.

O autuado ao tomar ciência da interposição do Recurso de Ofício, através de diligência requerida pela 2ª CJF, pugnou pelo Não Conhecimento do Recurso, por entender que não se encontravam presentes os seus pressupostos de admissibilidade ou pelo Não Provimento do Recurso, homologando a Decisão atacada, com posterior arquivamento dos autos.

A 2ª CJF, ao analisar o Recurso de Ofício, decidiu, por maioria, em dar provimento ao Recurso, proferindo o seguinte voto:

“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 2ª 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 Voluntário, 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.”

Durante a Sessão de Julgamento o Conselheiro Nelson Antonio Dahia Filho discordou do voto acima, tendo sua Decisão sido acompanhada pelos conselheiros Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej, cujo o seu teor se encontra abaixo:

“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 § 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, 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.”

Irresignado com a Decisão proferida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, o autuado ingressou com Pedido de Reconsideração, pugnando pela reforma do Acórdão, para restabelecer o *decisum* proferido em Primeira Instância administrativa.

O recorrente sustenta o seu Pedido de Reconsideração aduzindo que *“à época do fato gerador (ano de 2003), não havia base legal adequada para se exigir o registro do meio de pagamento no encerramento das vendas no ECF. Tanto é assim, que o dispositivo legal citado pelo “voto vencedor” encontra-se agora expressamente revogado pelo RICMS.*

Dessa maneira, o art. 238 do RICMS/BA é que deveria, exclusivamente, ser levado em conta no julgamento em apreço, tal como decidiu o “voto vencido”. Afinal, é sabido que o mesmo só passou a vigorar após a redação dada pelo Decreto nº 8.882, de 20/01/2004, pelo que a manutenção do período autuado de fato confrontaria frontalmente o Princípio da Irretroatividade da Lei (art. 150, III, “a” CF/88 c.c. art. 105, CTN), pois este não comporta a exceção que se pretende abrir no caso em comento.”

Sustenta, ainda, que caso se entenda ser aplicável o art. 824-E do RICMS, a hipótese subanálise, deve-se entender que tal artigo se encontra revogado, motivo pelo qual ensejaria o afastamento da multa aplicada, com fundamento no princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Para fundamentar as suas razões cita o art. 106, inciso II, “c” do CTN. Transcreve trechos de jurisprudência e doutrina, e ao final pede a reconsideração da Decisão hostilizada.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca do Pedido de Reconsideração, opinou pelo seu Não Conhecimento, por entender que tal Recurso é dotado de admissibilidade restrita, sendo apenas cabível quando *“versar sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento”*.

Segundo a Douta Procuradoria do Estado, o primeiro argumento do recorrente – inexistência de base legal para se exigir o registro do meio de pagamento no encerramento das vendas no ECF – já houvera sido formulado em sua defesa, o qual inclusive fora acolhido pelos julgadores da 2ª JJF.

Quanto à segunda tese - o afastamento da multa aplicada, com fundamento no princípio da retroatividade da lei mais benéfica – alega que ela não fora suscitada pelo autuado por ocasião de sua defesa.

No tocante ao mérito do Recurso Voluntário, a PGE/PROFIS não se manifestou.

VOTO

O RPAF na alínea “d”, do inciso I, do art. 169, dispõe que caberá *“o Pedido de Reconsideração da Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal que tenha reformado no mérito, a de Primeira Instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento”*.

Observa-se, portanto, que tal pedido possui admissibilidade restrita, cabendo apenas o seu processamento em casos excepcionais, e que as matérias ventiladas no Recurso deverão ter sido argüidas pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciadas.

No caso em apreço, observo que a tese da inexistência de base legal para se exigir o registro do meio de pagamento no encerramento das vendas no ECF, fora ventilada na impugnação de fls. 23/31, tendo sido acatada pela 2ª JJF, motivo pelo qual foi interposto o Recurso de Ofício.

Quanto a segunda tese, afastamento da multa aplicada, com fundamento no princípio da retroatividade da lei mais benéfica, verifico que ela não foi matéria da impugnação, sendo apenas

suscitada nesta fase processual.

Tendo em vista que o presente Recurso não preenche os pressupostos processuais para o seu processamento, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088299.0008/05-9**, lavrado contra **GUGA COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.656,41**, 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\$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.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS