

PROCESSO - A. I. N° 108521.0043/06-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARLOS S. JÓIAS LTDA. (CARLO'S RODEIRO JOALHEIRO)
RECORRIDOS - CARLOS S. JÓIAS LTDA. (CARLO'S RODEIRO JOALHEIRO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0235-02/08
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 15/05/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0079-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão não fundamentada ou omissa. As imprecisões registradas e as omissões não permitem conhecer as razões em que se baseou o órgão julgador para decidir a lide, frustrando a possibilidade de reexame pela Câmara. Ofensa ao princípio do duplo grau. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento para proferir nova Decisão quanto aos pontos omissos e imprecisos quanto ao item 1 do Auto de Infração. PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, ambos interpostos visando o reexame da Decisão de 1º grau que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigência de ICMS e MULTA, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro de 2003 a junho de 2005, conforme demonstrativo e documentos às fls. 13 a 60.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, sujeitando à multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas declaradas nas DME (docs. fls. 58 a 60).

No prazo de lei o contribuinte, através de seu advogado, impugnou o lançamento fiscal em 1^a Instância, apresentando razões de fato e de direito que foram submetidas ao exame dos membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal para onde o processo foi distribuído.

Ao analisar os argumentos defensivos os julgadores de 1º grau, quanto à base probatória do lançamento declararam no acórdão recorrido que “... *O débito encontra-se devidamente especificado na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” (docs. fls. 15, 31 e 50), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras (débito e cartão de crédito), os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z + as vendas através de notas fiscais; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; a dedução do crédito de 8% dada a condição de empresa de pequeno porte do estabelecimento enquadrada no SIMBAHIA; e finalmente, o ICMS devido. Além*

disso, consta ainda cópias das DME's com o montante dos valores referentes aos documentos fiscais emitidos em lugar do ECF (docs. fls. 58 a 60), que serviram para o cálculo da multa formal de 5% sobre o valor das notas fiscais".

Em seguida, ao fundamentar a Decisão quanto à infração 1, os membros da Junta afirmaram que a autuação se pautou nas disposições do § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, discorrendo que a presunção legal ali prevista fora impugnada pelo autuado em relação ao exercício de 2003 ao argumento de que a autorização legal fora acrescentada ao RICMS em 20/01/04 através do Decreto nº 8.882. Esta objeção não foi acatada com a seguinte fundamentação:

"Observo que a alegação do autuado não há como prosperar, quanto à impossibilidade de se exigir que fossem indicados os meios de pagamento no cupom fiscal, no período de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro de 2004, pois é pacífico o entendimento de que tal obrigação já estava prevista no nosso ordenamento jurídico desde 01/01/2003 Lei nº 7.014/96), reproduzida no art. 824-E, § 3º, do RICMS/BA.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal".

Foi também observado que o autuado, em sua defesa inicial, para elidir a acusação fiscal, alegou que a ausência de registro de operações no ECF decorreu de emissão da nota fiscal série D-1 em substituição ao cupom fiscal, destacando que a falta de coincidência dos valores individuais entre os boletos e as notas fiscais é decorrente de pagamentos de compras através outros meios de pagamentos (dinheiro, cheque, cartões), onde o cliente efetua o pagamento com a sua disponibilidade momentânea e o parcelamento de vendas, tendo apresentado os documentos às fls. 83 a 553 dos autos.

Frente a essas razões defensivas o julgador "a quo" registrou em seu voto que:

"Em outros processos que tratam de exigência fiscal apurada com base em informações das administradoras de cartões de crédito/débito, para que o contribuinte possa se defender da acusação fiscal, tem sido observado se foram fornecidos ao contribuinte os "Relatório Diário Operações TEF", pois, é através dos TEFs diários que o contribuinte pode elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, fazendo o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF e/ou nas notas fiscais, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

Diante disso, foi deliberado por esta Junta converter o processo em diligência para revisão fiscal, para que fosse intimado o autuado a apresentar levantamento contendo a correlação entre os cupons/notas fiscais emitidos e os boletos de cartão de crédito/débito, bem assim, informar, em relação à infração 02, se houve motivo justificável para emissão de notas fiscais em lugar do ECF.

A diligência foi devidamente cumprida, conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 00109/2007 (fls. 574 a 576), cujo trabalho revisional, tomou por base os relatórios diários operações TEF, fls. 607 a 656, fornecidos pelo autuado, cujos conteúdos foram extraídos dos extratos diários fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito constantes do CD ROM fornecido pela autuante, fl. 13, e a partir dos referidos relatórios foram relacionados os documentos fiscais com valores coincidentes com os constantes dos extratos fornecidos pelas administradoras de cartões e com base nos livros e documentos fiscais do autuado.

Inclusive, além dos documentos fiscais de emissão do estabelecimento autuado, na condição de matriz, o autuado relacionou na coluna adicional notas fiscais D-1 emitidas por estabelecimento filial, cujos valores coincidentes com aqueles boletos de cartões consignados nos referidos extratos, também foram considerados na revisão fiscal.

Feitas as devidas alterações no trabalho fiscal, com a exclusão das notas fiscais não consideradas pelo autuante, bem como, aquelas emitidas por sua filial coincidentes com os valores registrados nos extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, resultou no débito no total de R\$ 92.972,73, conforme demonstrativos às fls. 579 a 606.

Ao tomar ciência do resultado do trabalho revisional, o autuado não apontou qualquer erro nos números apurados, porém suscitou a nulidade do procedimento fiscal, argüindo que existe um vício insuperável na autuação, pois restou evidenciado na citada revisão fiscal que as administradoras de cartões reúnem em um só extrato vendas feitas por sua matriz, bem como por sua filial, juntando ambas em um só valor".

A nulidade arguida após o trabalho revisional não foi acatada sob os seguintes argumentos:

“Não acato a alegada ineficácia da autuação, uma vez que o autuado recebeu os relatórios dos TEFs diários por operações, os quais, propiciam a conferência da forma de pagamento de cada uma operação, podendo ser feito o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF ou nas notas fiscais de vendas emitidas, inclusive, na matriz e filial, detectando valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

No caso em comento, todas as vendas da filial com cartão de crédito, que foram comprovadas, foram excluídas do levantamento fiscal por ocasião da revisão fiscal”.

Foi também rebatida a alegação defensiva quanto ao direito de pagar o ICMS pelo regime de tributação do SimBahia, pois embora o estabelecimento autuado fosse optante do citado regime de apuração, incorreu na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, que impõe a quantificação do débito pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida, tendo o autuante procedido dessa forma.

Ao concluir as razões de decidir da infração nº 1, o relator da JJF manteve em parte a exigência fiscal, acatando as reduções efetuadas na revisão fiscal ASTEC e externando o entendimento de que a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas não fora totalmente elidida pelo autuado, pois se encontrava assentada na declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, declarando a sua procedência parcial, para reduzir este item de R\$133.894,70 para R\$92.972,74.

Com relação à infração 2, que contém a multa aplicada em razão do autuado ter emitido notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal, a JJF se valeu da fundamentação abaixo reproduzida para decidir a questão.

“O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

Noutras palavras, as condições de emissão de Cupom Fiscal por usuário de ECF, ou seja, a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor só é permitida nos seguintes casos:

1. *Em decorrência de sinistro ou razões técnicas, esta última devidamente comprovada e consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica;*
2. *Quanto houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que a empresa deverá anexar a primeira via do documento fiscal emitido no ECF à via fixa do documento fiscal emitido, no qual, serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.*

Desta forma, se ocorreu paralisação justificada do equipamento ou qualquer outro motivo, caberia ao autuado carregar aos autos os elementos de provas dessas circunstâncias. Apesar de o autuado não ter justificado o motivo para a emissão das notas fiscais concomitantemente com o equipamento emissor de cupom fiscal, inclusive admitida a ocorrência, mesmo assim, foi solicitado na diligência fiscal verificar se houve no período fiscalizado impossibilidade de uso do ECF, sendo informado pelo diligente que o estabelecimento possui equipamento emissor de cupom fiscal – ECF devidamente autorizado o seu uso, desde 18/10/2000, e no período autuado fez pouca utilização do mesmo, para emissão de cupom fiscal, acobertando as suas vendas basicamente com nota fiscal de venda a consumidor, série D-1, sem qualquer justificativa.

Em suas impugnações, o patrono do autuado considerou exorbitante a multa aplicada, e pede o cancelamento da multa ou a sua redução, com no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, salientando que, na medida em que foram emitidas as notas fiscais, não houve falta de recolhimento do imposto, não houve dolo, fraude ou simulação no seu procedimento

De fato o dispositivo legal citado prevê a possibilidade de cancelamento ou redução da multa quando ficar provado que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não tiver implicado na falta de recolhimento do imposto. Se não há nos autos provas de que houve dolo, fraude ou simulação no procedimento do autuado, também não há nenhuma prova em sentido contrário. Resta então examinar se houve ou não falta de recolhimento do imposto. Pelas conclusões da infração 01, restando comprovada a falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado, mantenho integralmente a multa que foi aplicada, por está prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, não cabendo ao órgão julgador administrativo apreciar se ela tem caráter confiscatório, conforme alegado.

Mantendo a multa, porém, tendo em vista o advento da Lei nº 10.847 de 27/11/2007, que modificou o inciso XIII-A, alínea "h", do art.42, da Lei nº 7.014/96, fica reduzido o valor da multa para o valor de R\$ 70.227,95, calculado pelo percentual de 2%, sobre o montante das notas fiscais declaradas na DME, pois embora não estejam especificadas as notas fiscais, o autuado não atendeu o pedido da revisão fiscal para fornecer a relação das notas fiscais."

Quanto aos diversos acórdãos do CONSEF citados na defesa, discorreu que os mesmos não tinham aplicabilidade neste processo, pois os fatos considerados na jurisprudência anexada na impugnação não tinham similitude com as questões de fato discutidas nestes autos.

Ao finalizar sua Decisão, o relator da JJF elaborou novo demonstrativo com o valor residual das infrações 1 e 2, submetendo ao reexame de uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, através do Recurso de Ofício, as suas razões de decidir quanto às reduções efetuadas.

No Recurso Voluntário o contribuinte, representado por seu advogado legalmente constituído, manifestou sua discordância em relação à Decisão exarada nos autos, abordando inicialmente as questões atinentes à infração nº 1. Fez transcrição do dispositivo legal em que se fundamentou o lançamento, correspondente ao art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02, para afirmar que essa norma legal não autoriza que as diferenças apuradas entre as reduções do equipamento ECF e as informações das administradoras de cartão possam ser utilizadas para lastrear a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, visto que a mencionada lei atribui esse condão ao que chama de "declarações de vendas". Nessa linha de raciocínio entende que na apuração fiscal não podem ser desconsiderados ou desprezados outros elementos que contêm informações dessa natureza, a exemplo da contabilidade e os documentos fiscais emitidos pelo contribuinte. Defende então que as reduções "Z" sozinhas, não podem servir ou se substituir às "declarações de vendas", em especial porque o atual sistema de controle fiscal não se revela plenamente seguro para certificar os lançamentos, não se podendo, diante desta evidência, se desprezar a contabilidade da empresa, assentada na emissão de notas fiscais e cupons fiscais, por se constituírem estes documentos nas verdadeiras e regulares "declarações de vendas". Assim, defende que a interpretação correta da lei é no sentido da sua aplicação abrangendo no termo "declarações de vendas" outros elementos, fiscais e contábeis, todos eles colocados à disposição da autoridade fiscal. Afirma que essas ponderações não foram enfrentadas pela Junta, requerendo a decretação de nulidade da Decisão "a quo", para não se caracterizar a supressão de instância.

Ainda quanto à infração nº 1, reiterou o pedido de exclusão do exercício de 2003, sustentando a ilegalidade do lançamento sobre esse período, visto que a autorização legal para a aplicação da presunção utilizada no lançamento foi acrescentada ao RICMS somente após a edição do Decreto nº 8.882, de 20/01/04. Citou na peça recursal a Decisão exarada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, da lavra do Consº Ciro Seifert, contida no Acórdão nº 0184-11/05. No mesmo sentido o Acórdão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de nº 0196-12/05, redigido pelo Consº Nelson Daiha Filho. Em ambas decisões fora acatada tese aqui apresentada pelo recorrente.

Em seguida, o recorrente discorreu acerca da interpretação adotada pela JJF quanto à aplicação do art. 824-E, do RICMS que daria embasamento à presunção, para afirmar que tal dispositivo que foi posteriormente revogado, em momento algum fixou a obrigação tributária em exame, questionando então qual seria o sentido do Decreto nº 8.882/04, para afirmar que além da materialidade do fato apontar para a inexistência das omissões, a mesma não se encontrava amparada, no exercício de 2003, em qualquer norma regulamentar.

Quanto às questões de ordem substancial, discorreu que a Decisão recorrida pecou em não validar os elementos apresentados pela empresa, notadamente os boletos das administradoras de cartão de crédito. Ressaltou que as omissões apuradas decorreram da emissão de nota fiscal em substituição ao cupom ECF, fato que ensejou a multa contida no item 2 do lançamento, destacando que a falta de coincidência de valores entre boletos e notas fiscais derivou do fato dos clientes optaram em pagar as compras através do uso de mais de uma modalidade, conjugando o

uso de cartões de crédito com dinheiro e cheques ou efetuando também o parcelamento das aquisições. Sustenta então a necessidade de se efetuar uma nova diligência para que sejam analisados os documentos carreados ao processo, ou que se proceda à juntada de novos elementos, de forma que fique evidenciado não haver as diferenças apontadas nos exercícios de 2004 e 2005, afastando-se assim a ocorrência de “*bis in idem*”, visto que todas as operações de saídas promovidas pelo autuado foram oferecidas à tributação.

Quanto ao regime de tributação adotado pela empresa, sustenta o direito do autuado ter o imposto apurado dentro da sistemática do regime simplificado do ICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, visto que o fisco não procedeu ao prévio desenquadramento da empresa. Em razão disso entende que a adoção do regime normal de apuração do ICMS, com a concessão do crédito presumido de 8%, não pode ser aplicado ao caso em exame, visto que o autuado não teve o seu direito de enquadramento no SimBahia cassado. Transcreveu, para sustentar essa tese, julgados originários de Juntas e Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF n^ºs 0066-11/03, 0434-12/02 e 0391-12/07 e JJF 0397-01/02, 0378-01/02, 0286-03/03 e 0377-03/02, todos relacionados ao tratamento diferenciado para contribuintes enquadrados em regimes de tributação distintos.

Quanto à diligência efetuada pela ASTEC, na instrução ocorrida em 1^a Instância, o autuado reitera as alegações de inconsistência do lançamento ao argumento que revisão fiscal, baseada em análise por amostragem, colide com o trabalho feito pela própria ASTEC, em sua primeira intervenção, que relacionou as notas fiscais D-1 emitidas pela filial, cujos valores coincidem com os boletos de cartões consignados nos respectivos extratos, conforme Parecer n^º 00109/2007, concluindo à fl. 575, que, no caso em tela, “*as administradoras de cartões reúnem em um só extrato vendas feitas por sua matriz, bem como por sua filial (sic), juntando ambas em um só valor.*”

Portanto, entende o defendente que o Parecer em que se lastreou a Decisão impugnada não possui suficiente força e meios para fazer frente ao primeiro trabalho da ASTEC, revelando absoluta insegurança no lançamento. Citou Acórdãos do CONSEF (CJF N^º 0448-12/06, CJF N^º 0337-12/06, CJF N^º 0458-11/06), em que foram consideradas nulas as autuações por insegurança na determinação da infração.

Ainda no que se refere à infração 1, no que tange ao exercício de 2003, afirmou que nesse período o autuado procedeu a denúncias espontâneas, formalizadas através das DE de n^ºs 6000004338041 e 6000004339048, ocasião em que o fisco, conferindo os lançamentos efetuados pela empresa, que abrangiam as vendas através de cartão de crédito, não encontrou as divergências apuradas no presente Auto de Infração.

No que tange à infração n^º 2, afirmou que a simples aplicação da Lei n^º 10.847, de 27/11/2007, que alterou para 2% a penalidade lançada no Auto de Infração não atinge o desiderato desejado pelo autuado. Sustentou a exorbitância da multa aplicada, postulando a sua redução ou dispensa, amparado no art. 42, § 7º, da Lei n^º 7.014/96. Ao analisar os argumentos contidos na Decisão recorrida, utilizados para afastar a pretensão empresarial, disse que os mesmos são inteiramente desprovidos de razoabilidade. No entendimento do recorrente a declaração JJF de que no caso concreto não restou provada a inexistência de dolo, fraude ou simulação da parte do autuado, ao contrário do que sustenta a Decisão guerreada, induz necessariamente a concluir que se o contribuinte assim não agiu, bastando por si só para afastar a condenação. Ademais, sustenta que não se pode falar em dolo, fraude ou simulação quando o determinado contribuinte emite voluntariamente documentação fiscal, não se podendo fazer qualquer diferenciação, do ponto de vista da obrigação principal, entre a emissão do cupom e da nota fiscal. Assim, sustenta que quem emite nota declara a operação, registra contabilmente a receita e tributa suas operações. Em seguida, entrelaça as infrações 1 e 2, para afirmar que a emissão das notas fiscais que afastam a presunção da exigência de ICMS são as mesmas que dão suporte à imposição da penalidade, de forma que o último requisito legal, para a concessão da dispensa ou redução da penalidade se encontra preenchido, visto que os documentos emitidos em substituição aos cupons

correspondem às vendas efetuadas através de cartão crédito ou débito, não havendo, em decorrência, qualquer meio ou indício comprobatórios da falta de pagamento de ICMS.

Invocou a aplicação ao caso da Decisão proferida pela 1ª CJF, no Acórdão 0436-11/06, que efetivou a redução de idêntica penalidade. Requeria também a atenuação da multa considerando a sua condição de contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do ICMS e que o valor mantido na Decisão impugnada ultrapassa a capacidade de pagamento da empresa, tornando-se assim confiscatória.

Ao finalizar, requereu à CJF que proceda à reforma da Decisão da JJJ para declarar improcedente o Auto de Infração e não sendo acatado este pleito, a manutenção tão-somente da multa lançada no segundo item do Auto de Infração, pelo percentual de 2%, aplicando sobre este a redução de 90%.

A Procuradoria Estadual, em Parecer da lavra da Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário tecendo os seguintes argumentos. Inicialmente ressaltou que o lançamento em apreço se encontra revestido de todas as formalidades legais não se constatando quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a autuação fiscal. No mérito, afirmou que serem improcedentes as razões recursais, considerando que o suplicante não trouxe aos autos quaisquer elementos ou argumentos novos capazes de modificar o teor do acórdão recorrido, no qual já foram feitos os ajustes, acatando-se as alterações promovidas pela ASTEC com a exclusão das operações cujo recolhimento do ICMS foi demonstrado pelo autuado e alterando-se o valor da multa, reduzida em função da Lei nº 10.847/07.

Aduziu ainda a representante da PGE/PROFIS que as alegações apresentadas pela defesa já foram devidamente analisadas no acórdão recorrido, não elidindo o autuado a presunção de omissão de saídas visto que não foram apresentadas provas contundentes do recolhimento integral do ICMS em relação às operações elencadas no relatório TEF, aplicando-se ao caso o comando normativo previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Sustentou, ademais, que a presunção em apreço já se encontrava produzindo efeitos no ordenamento jurídico estadual desde 28 de dezembro de 2002, com a edição da Lei nº 8.542/02, que alterou a redação do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. No que se refere à alegação de que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito abrangeiam operações tanto da filial como do estabelecimento matriz, observou que os documentos fiscais apresentados pelo autuado quando coincidentes com as operações de vendas indicadas nos relatórios TEF foram excluídas da autuação.

Rebateu também o argumento de que o lançamento deveria ter sido promovido com a adoção da sistemática de apuração do imposto do SimBahia, visto que à época dos fatos geradores a Lei nº 7.357/98 previa que em caso de cometimento de infrações de natureza grave o ICMS das microempresas e das empresas de pequeno porte deveria ser apurado pelo regime normal de tributação, deduzido o crédito presumido de 8%, tal como foi feito pelo autuante. Por fim, transcreveu o art. 143 do RPAF, para sustentar que a simples negativa de cometimento da infração não elide a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não deveria ser reformada.

VOTO

O contribuinte, nas razões iniciais de seu Recurso Voluntário, sustenta a nulidade da Decisão de 1ª Instância, considerando que o acórdão recorrido deixou de apreciar questão específica trazida na sua impugnação inicial. Afirmou o recorrente que a Junta de Julgamento Fiscal se omitiu no enfrentamento da questão atinente à interpretação do termo “declarações de vendas”, contido no dispositivo que trata da presunção de omissão de saídas, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, atinente às operações pagas com cartões de crédito ou de débito. Sustentou o impugnante que a sua real “declaração de vendas” é a que se encontra firmada nas escritas fiscal e contábil, não podendo ser consideradas apenas as vendas acumuladas nas “reduções z” dos ECFs. Fez, assim, a sua exegese ou interpretação do quanto disposto no texto normativo. Observo que a questão

trazida pelo contribuinte já foi objeto de inúmeros pronunciamentos dos órgãos de julgamento deste CONSEF. Todavia, no presente caso, a 2^a JJF não a enfrentou. Diante disso, assiste razão ao autuado, pois a partir da leitura do Acórdão recorrido, reproduzido em nosso relatório, se constata sem maior esforço que não há qualquer referência no voto do julgador de 1º grau da questão suscitada na inicial, configurando-se assim a omissão quanto um aspecto de mérito do lançamento que deveria ter sido abordado.

Outras duas omissões se verificaram na Decisão recorrida. Apesar de não expressamente suscitadas pela parte recorrente invalidam o ato decisório da Junta e devem ser conhecidas de ofício. Refiro-me às duas diligências executadas pela ASTEC, a pedido do sr. relator da Junta de Julgamento. Na primeira revisão, foi elaborado o Parecer de nº 00109/2007. A última intervenção revisional resultou na confecção do Parecer de nº 083/2008. Nos chamou a atenção o fato da JJF não fazer qualquer referência, em seu voto, à segunda intervenção revisional, valorando assim a prova que foi produzida, para acatá-la, rejeitá-la ou mesmo declarar a sua ineficácia na solução da presente lide. O contribuinte por sua vez, requereu a decretação da nulidade do item 1 do Auto de Infração por entender que o roteiro de auditoria de cartão de crédito estaria amparada em informações inconsistentes, visto que os relatórios TEF das administradoras de cartão teriam englobado o movimento comercial do estabelecimento matriz, ora autuado, e da filial da empresa. Essa circunstância, primordial para a solução da presente lide foi suscitada pela defesa após tomar ciência da primeira revisão. A partir da leitura da Decisão da Junta se deduz que primeiro Parecer da ASTEC foi acatado, não se sabe se no todo ou em parte, visto que há menção de exclusões de valores coincidentes entre notas fiscais e boletos, abrangendo também documentos emitidos pelos dois estabelecimentos da empresa. Eis o trecho da Decisão que aborda a questão aqui ventilada: “*Não acato a alegada ineeficácia da autuação, uma vez que o autuado recebeu os relatórios dos TEFs diários por operações, os quais, propiciam a conferência da forma de pagamento de cada uma operação, podendo ser feito o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF ou nas notas fiscais de vendas emitidas, inclusive, na matriz e filial, detectando valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal. No caso em comento, todas as vendas da filial com cartão de crédito, que foram comprovadas, foram excluídas do levantamento fiscal por ocasião da revisão fiscal*”.

Todavia, na execução da segunda diligência, solicitada à ASTEC à fl. 675 foi mencionado pela revisora designada o seguinte: “*Com base nos documentos apresentados, informamos que não constam vendas da filial situada à Pça. Tupinambá, nº 2, térreo, Comércio, Contorno, através de cartão de crédito/débito, no relatório da matriz, informado pela Administradora de Cartões de Crédito/Débito, situado à Av. Centenário, s/nº, 3º piso, loja 351, Shopping Barra*”.

A JJF, relativamente a esta última intervenção da ASTEC não fez qualquer referência em seu voto para valorar a aquela prova pericial. Numa análise meramente textual dos dois Pareceres se deduz que os mesmos apresentam conclusões não coincidentes. Então qual a consequência do segundo Parecer no processo? Encontra-se aí a segunda omissão que deve ser devolvida à Junta para a devida apreciação.

Há também outra omissão de mérito no julgado que se encontra inserido no item 17 da defesa (fl. 70 do PAF). Reporto-me à alegação do autuado quanto à existência de duas denúncias espontâneas atinentes ao exercício de 2003, registradas sob os nºs 6000004338041 e 6000004339048. Sustentou o contribuinte que o fisco, por “*ocasião das mencionadas denúncias, conferiu os lançamentos efetuados pela empresa, que abrangiam as vendas através de cartão de crédito, não encontrando as divergências apuradas no presente Auto de Infração*” . Em relação a este ponto específico da defesa também não há qualquer referência no voto da JJF, constituída, assim, a terceira omissão que contamina de nulidade a Decisão originária.

Ante o exposto, decreto a nulidade da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, com arrimo no art. 18, incisos II e III do RPAF/99, e dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. O processo deverá retornar à 1^a Instância para que seja novamente julgada a impugnação do sujeito passivo,

considerando que as imprecisões e as omissões apontadas que não permitem conhecer as razões em que se baseou o órgão julgador para decidir a presente lide, frustrando a possibilidade de reexame pela CJF, pois haveria ofensa ao princípio do duplo grau. Em decorrência da nulidade, fica PREJUDICADO o exame do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **108521.0043/06-1**, lavrado contra **CARLOS S JÓIAS LTDA. (CARLO'S RODEIRO JOALHEIRO)**. O processo deverá retornar à 1^a Instância para que seja novamente julgada a impugnação do sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÇEDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS