

A. I. N° - 108521.0043/06-1  
AUTUADO - CARLOS S. JÓIAS LTDA.  
AUTUANTE - EUNICE PAIXÃO GOMES  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 05.10.2009

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0304-02/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. Na conclusão da ação fiscal foi anexado ao processo um CD-ROM contendo os TEF diários por operações, sendo entregues ao autuado, sem a comprovação da origem das diferenças apuradas. Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SimBahia, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Revisão fiscal constata erro na apuração do débito, resultando na sua diminuição. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi justificado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Não foi acatado o cancelamento ou a redução. Mantida a multa, com a redução do seu valor, tendo em vista que, nesta situação, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, foi alterado o percentual da multa 2%. A matéria na sua totalidade já foi objeto de julgamento no Acórdão JJF nº 0235-02/08 e CJF nº 0079-12/09. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2006, para exigência de ICMS e MULTA no valor total de R\$309.464,57, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$133.894,70, 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 no valor de R\$ 175.569,87, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas declaradas nas DME (docs. fls. 58 a 60).

Na conclusão da ação fiscal foi anexado ao processo um CD-ROM contendo os TEF diários por operações, sendo entregues ao autuado, sem a comprovação da origem das diferenças apuradas.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, às fls. 63 a 71, impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Infração 01 – Alega ausência de previsão legal que sustente a aplicabilidade da presunção prevista no art.4º, § 4º, da Lei nº 8.542/02, por entender que a expressão “declarações de vendas” contida no citado dispositivo legal, não pode se restringir apenas às reduções Z, pois elas sozinhas não representam o montante das vendas realizadas. Assevera que as verdadeiras declarações de vendas, representadas por notas fiscais e cupons fiscais foram oferecidas à tributação do ICMS, e apresentados à fiscalização.

Por conta disso, diz que os elementos da autuação, por si só, demonstram que, apesar de não lançar em seu equipamento emissor de cupom fiscal, não foram omitidos da tributação os valores de vendas através de cartões de crédito/débito.

Argui que a autuação se reporta ao exercício de 2003, e neste período não era prevista a presunção que foi adotada no auto de infração, pois a autorização legal foi acrescentada ao RICMS em 20/01/04 através do Decreto nº 8.882. Sobre esta questão, citou os Acórdãos do CONSEF CJF nº 0184-11/05; e 0196-12/05, que decidiram pela improcedência das autuações no período anterior a 2004, por falta de previsão legal.

Transcreveu o art.824-E, do RICMS/97, para argumentar que o mesmo não serve para respaldar a presunção prevista no citado dispositivo legal.

Esclarece que a ausência de registro no seu ECF decorreu de emissão da nota fiscal 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.

Como prova processual, juntou cópias das vias da empresa de boletos dos cartões, e dos livros fiscais de saídas e apuração do ICMS (docs.fls.83 a 553), e argumentou que através de tais documentos estão comprovados os valores lançados no AI a título de omissão de receita. Pediu uma revisão por fiscal estranho ao feito, ressaltando que se os documentos apresentados não forem suficientes deverá ser intimado para exibição de qualquer outro meio de prova.

Diz que possui o direito de pagar o imposto pelo regime de tributação do SIMBAHIA, pelas alíquotas vigentes, enquanto não for desenquadrado formalmente do citado regime, e que a simples concessão de crédito não pode ser adotada pois não perdeu o direito ao tratamento tributário simplificado. Nesse sentido, citou a jurisprudência do CONSEF, representada pelos Acórdãos CJF nº 0066-11/03; JJF nº 0397-01/02; JJF nº 0378-10/02; JJF nº 0286-03/03; JJF nº 0377-03/02; e CJF nº 0434-12/02.

Além disso, fez referência ao despacho da PROFIS, no qual houve o entendimento de que o regime concedido ao contribuinte não pode ser alterado mediante lançamento de ofício, atingindo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Informa que no tocante ao exercício de 2003, sobre o mesmo roteiro de fiscalização adotou os procedimentos legais pertinentes através das DE nº 6000004338041 e 6000004339048.

No tocante a infração 02, o defendente considerou exorbitantes as multas aplicadas, sem considerar o que dispõe o 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 havendo também

dolo, fraude ou simulação no procedimento do contribuinte. Transcreveu a ementa do Acórdão CJF nº 0436-11/06, em que foi reduzida a multa numa situação em que houve a emissão de notas fiscais concomitantemente ao uso do equipamento do ECF.

Ao final, requer revisão por fiscal estranho ao feito visando mostrar a improcedência da autuação.

A autuante em sua informação às fl. 564 a 565, transcreveu a infração 01, e rebateu a alegação defensiva de ausência de previsão legal que sustente a aplicabilidade da presunção prevista no art.4º, § 4º, da Lei nº 8.542/02, dizendo que na fl.65, item 07, foi afirmado pelo autuado que ocorreram vendas por cartões que não foram lançadas no ECF, mas compõem notas fiscais de venda a consumidor, contudo, na sua ação fiscal não havia nas notas fiscais série D-1 qualquer identificação da forma de pagamento, se cartão de crédito ou débito. Informa que fez esta anotação nas notas fiscais de forma manuscrita, tendo sido anotado o nome da administradora e rubricado as notas fiscais identificadas. Explica que às fls.16 a 28, 32 a 47, e 51 a 57, estão anexas planilhas de Relatório Diário Operações TEF, com o número das notas fiscais identificadas, sendo tais planilhas entregues ao autuado.

Quanto a infração 02, salienta que o autuado está obrigado ao uso do ECF, nas operações de saídas, por estar classificado no ramo de atividade de comércio varejista. Diz que a falta de utilização do equipamento emissor de cupom fiscal de forma correta impediu o fisco de realizar uma fiscalização completa, visto que não havia identificação das notas fiscais emitidas da forma de pagamento. Diz que nas reduções Z, poderia identificar o valor das vendas efetuadas por cartões de crédito e débito, cheques ou dinheiro.

Concluindo que o seu procedimento fiscal está calcado nos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado, manteve integralmente a autuação.

O processo foi baixado em diligência, na pauta suplementar do dia 10/04/2007, para revisão fiscal pela ASTEC/CONSEF, conforme despacho às fls.572 a 573, no sentido de que, in loco, à vista dos documentos apresentados na defesa (fls. 83 a 553) e da escrita fiscal do autuado, fosse emitido parecer circunstanciado informando se realmente procedem as alegações defensivas abaixo.

1. 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 (docs.fl.83 a 553);
2. que no ano de 2003 não se aplicava a presunção prevista no art.4º, § 4º, da Lei nº 8.542/02, pois a autorização legal foi acrescentada ao RICMS em 20/01/04 através do Decreto nº 8.882.
3. que no tocante ao exercício de 2003, sobre o mesmo roteiro de fiscalização adotou os procedimentos legais pertinentes através das DE nº 6000004338041 e 6000004339048.

A diligência foi devidamente cumprida conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 00109/2007 (fls. 574 a 576), cuja conclusão foi a seguinte:

Quanto a infração 01, foi informado que o autuado apresentou três relatórios diários operações TEF, fls.607 a 656, 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 que 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.

Informou ainda que além dos documentos fiscais de sua emissão na condição de matriz, o autuado relacionou na coluna adicional notas fiscais D-1 emitidas por sua filial, cujos valores coincidem com aqueles boletos de cartões consignados nos referidos extratos, ficando, evidente

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”.

Explicou que de posse dos citados TEFs diários e de seus documentos originais, elaborou novos relatórios, fls.579 a 606, identificando as notas fiscais não consideradas pela autuante, incluindo aquelas emitidas por sua filial coincidentes com os valores registrados nos extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito.

O diligente informou ainda que seguindo o mesmo critério da autuante, elaborou três planilhas comparativas de vendas por meio de cartões de crédito/débito, a partir das diferenças encontradas pelo mesmo, excluindo as notas fiscais cotejadas com cartões não consideradas pela autuante, encontrando novos valores de diferenças que serviram de base de cálculos, apurando, novos valores de ICMS devido, conforme demonstrativos às fls.578, 590 e 601, cujo montante dos três exercícios (2003, 2004 e 2005) passaria de R\$133.894,70 para R\$92.972,73.

Quanto a infração 02, o diligente informou que constatou que apesar de o autuado possuir equipamento emissor de cupom fiscal – ECF devidamente autorizado o seu uso, desde 18/10/2000, 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.

Tomando ciência do resultado da revisão fiscal, o autuado se manifestou às fls. 662 a 666, aduzindo que reitera todos os termos de sua defesa, acrescentando que o parecer ASTEC revela existir um vício insuperável na autuação, pois foi dito à fl. 575 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”.

Por conta disso, entende o defendant que dita constatação impõe total ineficácia a autuação, impossibilitando se aplicar a presunção de omissão de receita, devendo ser seguida a jurisprudência do CONSEF, Acórdãos CJF nº 0448-12/06; 0337-12/06; 0458-11/06.

Salienta que se mantida a presunção, sem embargo da exclusão dos valores apontados pela ASTEC, deve ser também excluído os valores do exercício de 2003, para adequar a exigência às alíquotas vigentes em cada período da autuação, com base nos critérios do SimBahia.

Com relação ao item 02, aduz que o Parecer da ASTEC serve para reforçar a necessidade e a legalidade do cancelamento ou redução da multa, pois restou evidenciado que no período fiscalizado o estabelecimento emitiu quase que exclusivamente notas fiscais série D-1, o que no seu entendimento, prova que não agiu com dolo, fraude ou simulação, e não interferiu sua ação na arrecadação do imposto. Dizendo presentes todos os requisitos do art.42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, e que sua condição de SimBahia deve ser levada em conta, dada sua capacidade de produção de recurso que torna a multa confiscatória, pede o cancelamento ou redução da multa em 90%. Citou a jurisprudência do CONSEF através dos Acórdãos CJF nº 0436-11/06; CJF nº 0298-11/06 e JJF nº 0066/01/07.

A autuante presta nova informação fiscal (fl. 669), onde, após sintetizar a conclusão da revisão fiscal, manteve o seu procedimento fiscal no total de R\$268.542,60 conforme apurado na citada revisão.

Conforme despacho de diligência à fl. 672, em 12/09/2007, o processo foi baixado novamente em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fossem prestados os esclarecimentos abaixo, pois o sujeito passivo ao tomar ciência do resultado da revisão fiscal (Parecer ASTEC/CONSEF nº 109/2007, fls.574 a 576), observou que o revisor fiscal informou (fl.575) 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”.

1. Informasse se o Relatório Diário por Operações – TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), do período objeto da autuação, constante no disquete à fl. 13, envolve as vendas com cartão de

crédito/débito do estabelecimento autuado (IE nº 24.615.435) juntamente com todas as vendas do estabelecimento filial (IE nº 53.008.013), ou

2. Se no citado relatório contém as vendas da matriz e algumas vendas da filial, através de notas fiscais com a emissão de boleto de máquina de cartão de crédito/débito cadastrada na matriz.

3. Foi solicitado, ainda, que no tocante à infração 02, fosse informado, por exercício, separadamente o montante correspondente às vendas efetuadas no ECF e através de notas fiscais série D-1, haja vista que foi utilizado, para o cálculo da multa, por utilização de notas fiscais em substituição ao ECF, o montante das vendas declaradas nas DME's constantes às fls.58 a 60, e constam nos demonstrativos às fls. 15, 31 e 50 que o estabelecimento efetuou vendas no ECF.

O funcionário fiscal designado emitiu o Parecer ASTEC nº 083/2008 (fls.674 a 675), declarando que após análise dos documentos apresentados constatou o seguinte.

Em relação à 1ª solicitação, informando ter cumprido a diligência solicitada, diz que tomando por base as notas fiscais apresentadas pelo autuado (fls. 937/964 e 1.152/1.192), não ficou comprovado que o Relatório Diário por Operações – TEF, do período objeto da autuação, constante no disquete à fl.13, envolve as vendas com cartão de crédito/débito do estabelecimento autuado (IE nº 24.615.435), juntamente com todas as vendas do estabelecimento filial (IE nº 53.003.013).

Para comprovar esta conclusão, chamou a atenção de que os boletos anexos às notas fiscais da filial IE nº 53.003.013 (fls. 1.161 e 1.163), estão com o endereço da filial.

Quanto a 2ª solicitação, informou que nem todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão acompanhadas dos respectivos boletos dos cartões de crédito/débito, e os poucos que foram apresentados não comprovam que a administradora de cartão lançou no Relatório TEF da matriz, os valores das vendas filial, considerando que o endereço que consta no boleto é o mesmo que consta na nota fiscal, qual seja, Rua Tupinambá, 2, Térreo, Comércio, Contorno (fls.1161, 1163, 1165, 1166), não constando nenhum boleto com o endereço da matriz, que é a Av.Centenário, s/nº, 3º Piso, Loja 351, Shopping Barra.

Ressalta que para se comprovar que há vendas da filial no Relatório TEF da matriz, seria necessário que o boleto emitido da venda da filial estivesse com o endereço da matriz, pois não consta no boleto a inscrição estadual das lojas matriz e filial, mas tão-somente o endereço.

Conclui que pelos documentos apresentados não há provas de que no Relatório TEF da matriz contém as vendas da matriz e algumas vendas da filial, pois os boletos apresentados não comprovam que vendas da filial foram efetuadas através de emissão de boleto de máquina de cartão de crédito cadastrada na matriz.

Sobre a 3ª solicitação, informou que o autuado foi intimado (fl. 676) a apresentar os demonstrativos do total das vendas, por exercício, e separadamente, efetuadas através de ECF e Notas Fiscais, porém não houve qualquer manifestação de sua parte.

Foram juntadas photocópias de Cupons/NF casados com os boletos de cartão de crédito (docs. fls. 681 a 1237).

O autuado atendendo à intimação/AR dos Correios (fls. 1.241 a 1.242), se manifestou às fls. 1.245 a 1.248, aduzindo que a informação prestada pela diligente não reflete a verdade dos fatos, pois a informante limitou-se a responder, com base nos documentos de fls. 937/964 e 1152/1192, que não estaria comprovado o envolvimento entre operações do estabelecimento autuado, juntamente com todas as vendas do estabelecimento filial.

Salienta que a resposta foi baseada, exclusivamente, em notas fiscais emitidas pela empresa, a título de amostragem (docs.fl. 1161 a 1163), e que as informações das administradoras, não estão baseadas em notas fiscais, consoante informado na diligência de fls. 575, que os relatórios contêm informações da matriz e filial, juntando ambas em um só valor.

Por conta desse argumento, arguiu a inconsistência e insubsistência da autuação, revelando, se ultrapassadas as alegações firmadas na peça inicial, que não há qualquer possibilidade de se aplicar a presunção de “omissão de receita” sobre contribuinte regido, à época, pelo SimBahia, que declarou suas receitas totais mediante outros elementos formais, tributando-as na forma regulamentar.

Além disso, diz que a conclusão da revisão fiscal, baseada em análise por amostragem, colide com o trabalho feito pela própria ASTEC, que relacionou as notas fiscais D-1 emitidas pela filial, cujos valores coincidem com os boletos de cartões consignados nos respectivos extratos, conforme Parecer nº 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, juntando ambas em um só valor”.

Portanto, entende o defendente que o parecer ora impugnado não possui suficiente força e meio para fazer frente ao primeiro trabalho da ASTEC, revelando absoluta insegurança no lançamento. Citou Acórdãos do CONSEF (CJF Nº 0448-12/06, CJF Nº 0337-12/06, CJF Nº 0458-11/06), em que foram consideradas nulas as autuações por insegurança na determinação da infração.

Com relação ao item 02, o defendente pede que seja aplicada a regra estabelecida na Lei nº 10.847, de 27/11/2007, que alterou para 2% a sanção correspondente a esta ocorrência.

Sobre a 3ª terceira solicitação, o defendente aduz que a revisão fiscal não atendeu ao despacho da diligência do órgão julgador, transferindo a responsabilidade para o autuado. Frisa que cabe ao diligente cumprir, a partir da documentação arrecadada e dos documentos constantes no processo, a elaboração do levantamento solicitado, e ao contribuinte cabe apresentar a documentação necessária ao trabalho, o que diz ter disponibilizado para o trabalho de revisão fiscal.

Ao final, protesta provar o quanto alegado e documentado, por todos os meios de prova em direito admitidos, e requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ou, no máximo, procedente em parte, permanecendo tão somente a multa do item 02, com redução em 90%.

A autuante foi cientificada da revisão fiscal e das razões defensivas (fl. 1.252), porém não se manifestou.

Através do Acórdão JJF nº 0235-02/08 (fls. 1.255 a 1.264), esta Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente em parte o lançamento tributário em questão. No caso de infração 01, a redução do débito foi decorrente da constatação, mediante revisão fiscal, de erro na apuração do débito, após análise das provas apresentadas na defesa. Já a infração 02, a multa teve o seu valor reduzido, levando-se em conta que com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, foi alterado o percentual da multa de 5% para 2%. Portanto, a infração 01 foi reduzida para o valor de R\$92.972,74, enquanto que a infração 02, para o valor de R\$70.227,95.

Cientificado do resultado do julgamento do auto de infração, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.272 a 1.284), sendo que, em relação à infração 01, entende existir ausência de previsão legal que sustente a aplicabilidade da presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.542/02.

Trago para este processo o relatório do Relator do Acórdão CJF nº 0079-12/09, que assim resumiu as razões defensivas constante no Recurso Voluntário citado, bem como a manifestação da Procuradoria Fiscal (PGE).

“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. Afirmou 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 nºs 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<sup>a</sup> 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 nº 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 defendant 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 Nº 0448-12/06, CJF Nº 0337-12/06, CJF Nº 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 tocante ao exercício de 2003, afirmou que nesse período o autuado procedeu a denúncias espontâneas, formalizadas através das DE de nºs 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 nº 2, afirmou que a simples aplicação da Lei nº 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 nº 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 em lugar 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 1<sup>a</sup> CJF, no Acórdão 0436-11/06, que efetivou a redução de idêntica penalidade. Requereu 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 JJF 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 abrangeriam 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

Preliminarmente, cumpre registrar que na sessão de julgamento do dia 23/09/2009, o julgador Francisco Atanásio de Santana, declarou-se de impedido de participar do julgamento deste processo, tendo em vista que a primeira revisão fiscal, que resultou no Parecer ASTEC nº 0109/2007 (fls. 574 a 576), foi por ele realizada.

Pelo que foi relatado, todos os fatos discutidos no presente processo foram julgados por esta Junta (Acórdão JJF nº 0235-02/087), tendo o sujeito passivo interposto Recurso Voluntário, resultando na decisão constante no Acórdão CJF nº 0079-12/09, qual seja:

**“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.”**

Portanto, considerando a nulidade da decisão desta Junta de Julgamento Fiscal, mantenho na íntegra o voto exarado na decisão recorrida, que a seguir reproduzo, em seguida, passo a analisar os pontos entendidos como omissos pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Eis então o voto do julgamento anterior, que o mantenho integralmente.

“Os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração dizem respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos (infração 01), e a emissão de documentos fiscais em lugar daqueles decorrentes de uso de

equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, ou mais precisamente emissão de notas fiscais de venda a consumidor final em lugar de cupons fiscais (infração 02).

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.

De acordo com § 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, *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Sobre a citada presunção, o autuado alegou que no período de 2003, não era prevista a presunção que foi adotada no auto de infração, pois a autorização legal foi acrescentada ao RICMS em 20/01/04 através do Decreto nº 8.882. 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.

No caso em comento, em sua defesa inicial, o autuado 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.

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.

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.

Quanto a alegação de que possui o direito de pagar o ICMS pelo regime de tributação do SimBahia, restando caracterizada a infração imputada ao autuado, embora o estabelecimento fosse optante pelo citado regime de apuração, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida

Nestas circunstâncias, não tendo sido elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas representada pela declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, concluo pela procedência parcial da infração 01 nos valores apurados na revisão fiscal.

Com relação a infração 02, a multa foi aplicada em virtude de, na condição de usuário de ECF, o autuado ter emitido notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal.

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.

Mantenho 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, os mesmos não se aplicam a este processo, ou seja, os fatos considerados na jurisprudência citada não têm similitude com as mesmas questões de fato discutidas neste processo”.

Desta forma, passo a proferir o meu voto quanto aos pontos considerados omissos e imprecisos da infração, quais sejam:

- a) interpretação do termo “declarações de vendas”, contido no dispositivo que trata da presunção de omissão de saídas, prevista no art. 4º, § 4, da Lei nº 7.014/96, atinente às operações pagas com cartões de crédito ou de débito, por entender o defendente 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;

- b) de ofício, entendeu o julgador da 2ª CJF que relativamente a diligência feita pela ASTEC, não foi feita qualquer referência na decisão recorrida para valorar a aquela prova pericial, com base na conclusão de que, “numa análise meramente textual dos dois Pareceres se deduz que os mesmos apresentam conclusões não coincidentes”. Indagou “qual a consequência do segundo Parecer no processo?”
- c) omissão apontada no item 17 da defesa (fl. 70 do PAF), relativamente à alegação do autuado quanto à existência de duas denúncias espontâneas atinentes ao exercício de 2003, registradas sob os nºs 6000004338041 e 6000004339048., e alegação de “*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.

Quanto ao item “a” acima, antes de interpretar o sentido do termo “declaração de vendas”, vejamos o que é TEF: o TEF - Transferência Eletrônica de Fundos para microcomputadores é um processo para acesso via linha discada, que pode ser utilizado pelos diversos estabelecimentos comerciais para receber os pagamentos via cartão de crédito ou débito através do PIN-PAD (máquina leitora de cartões).

É sabido que na atividade comercial, várias são as formas de pagamentos, as quais, são programadas no ECF, sendo as mais comuns: dinheiro, cheque, cartão de crédito, cartão de débito, ticket, vale, dentre outros a depender da necessidade de cada estabelecimento.

A legislação determina que a emissão do comprovante de pagamento efetuado por cartão de crédito ou débito, por contribuinte obrigado ao uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), será efetuada somente por meio da impressora fiscal e o comprovante de TEF (Transferência Eletrônica de Fundos) deverá estar vinculado ao cupom fiscal relativo à operação ou prestação.

Quando o consumidor não aceita o Cupom Fiscal e quer receber a Nota Fiscal, o contribuinte deverá emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Nota Fiscal Modelo 1 ou 1-A, porém, não poderá deixar de emitir o Cupom Fiscal pelo ECF, que deverá ser anexado à via fixa da Nota Fiscal, anotando na 1ª via da Nota Fiscal, que é entregue ao consumidor, o número de ordem do Cupom Fiscal e o número do ECF (atribuído pelo estabelecimento). Tanto é assim, que se o contribuinte emitir nota fiscal em lugar do cupom fiscal se sujeita à penalidade de caráter formal, salvo a exceção prevista no artigo 238, § 2º, do RICMS/97.

Logo, as vendas realizadas no ECF, no modo de pagamento “cartão de crédito/débito” ou através da emissão de notas fiscais, devem corresponder exatamente aos valores informados pelas administradoras de cartões.

Quando ocorre diferença entre as vendas registradas no estabelecimento através de cartão de crédito/débito para as informações das administradoras, o § 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, prevê, *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Desta forma, o termo “declaração de vendas” contido no citado dispositivo legal nada mais é do que “a declaração de vendas resultantes de operações com Cartões de Crédito/débito, cuja apresentação é obrigatória para as administradoras de cartões de crédito. Não seria razoável que se comparasse as vendas totais do contribuinte com as vendas realizadas, apenas, através de

cartões de créditos/débitos, para se apurar as omissões de saídas através de vendas com cartões, uma vez que estaríamos apropriando às vendas, através de cartões, todas as demais vendas efetuadas com as outras formas de pagamentos, distorcendo por completo a apuração das vendas efetuadas através de cartões que não sofreram a devida tributação.

Portanto, a “declaração de vendas”, é relativa, e não poderia deixar de ser, é inerente às vendas através do meio de pagamento em cartão de crédito/débito. Tanto é assim que este CONSEF, tem, em inúmeras decisões, acolhido as vendas através de outros meios de pagamentos, desde que haja coincidência de valor e data entre as vendas realizadas através de outros meios de pagamentos e as operações individualizadas de vendas através de cartões de créditos, fornecidas pelas administradoras dos aludidos cartões.

Com relação ao item “b” acima, o resultado da diligência que resultou no Parecer ASTEC nº 083/2008 (fls.674 a 675), não trouxe nenhuma consequência Parecer ASTEC/CONSEF nº 00109/2007 (fls.574 a 576), pois, em que pese ter sido informado que não restou comprovado que o relatório TEFs objeto da autuação envolve as vendas com cartão de crédito/débito do estabelecimento autuado (IE nº 24.615.435), juntamente com todas as vendas do estabelecimento filial (IE nº 53.003.013), na primeira revisão fiscal, todos os valores, referente a documentos fiscais emitidos pela matriz e filiais, coincidentes com os boletos de cartões de crédito/débito consignados nos extratos da administradoras foram deduzidos do levantamento fiscal, sem prejuízo à empresa.

Sobre as informações apresentadas na segunda revisão no sentido de que nem todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão acompanhadas dos respectivos boletos dos cartões de crédito/débito, bem assim, de que não foi comprovado que a administradora de cartão lançou no Relatório TEF da matriz, os valores das vendas da filial, esta informação, não trouxe nenhuma consequência à primeira revisão, pois conforme comentado acima os documentos fiscais com valores coincidentes foram excluídos do levantamento fiscal.

No que tange ao “c” acima, alusivo às denúncias espontâneas atinentes ao exercício de 2003, registradas sob os nºs 6000004338041 e 6000004339048, esclareço que no julgamento anterior, embora não conste do voto, foi observado que o diligente havia deixado de prestar informações sobre as citadas denúncias espontâneas. Contudo, o entendimento foi no sentido de que, a partir do momento que o contribuinte autuado foi intimado, por ocasião da diligência, a apresentar demonstrativo correlacionando as vendas com documentos fiscais com as vendas através de cartões de crédito no período objeto da autuação, os valores que acaso estivessem contidas nas aludidas denúncias espontâneas, já teriam sido considerados no trabalho revisional.

Além do mais, o contribuinte autuado tomou conhecimento do resultado da diligência efetuada pela ASTEC, e nada comentou a respeito, o que levou à conclusão de sua aceitação do referido resultado.

Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo integralmente a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito da infração 01-05.08.01 modificado conforme abaixo.

#### DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - INFRAÇÃO 01 - 05.08.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/1/2003	9/2/2003	13.801,76	17	70	2.346,30
28/2/2003	9/3/2003	3.107,12	17	70	528,21
31/3/2003	9/4/2003	23.099,82	17	70	3.926,97
30/4/2003	9/5/2003	34.161,88	17	70	5.807,52
31/5/2003	9/6/2003	6.888,71	17	70	1.171,08
30/6/2003	9/7/2003	4.929,88	17	70	838,08
31/7/2003	9/8/2003	2.497,76	17	70	424,62

31/8/2003	9/9/2003	3.805,94	17	70	647,01
31/10/2003	9/11/2003	18.617,82	17	70	3.165,03
30/11/2003	9/12/2003	13.693,71	17	70	2.327,93
31/12/2003	9/1/2004	43.067,65	17	70	7.321,50
31/1/2004	9/2/2004	29.635,41	17	70	5.038,02
29/2/2004	9/3/2004	4.804,41	17	70	816,75
31/3/2004	9/4/2004	17.614,06	17	70	2.994,39
30/4/2004	9/5/2004	24.393,18	17	70	4.146,84
31/5/2004	9/6/2004	15.905,06	17	70	2.703,86
30/6/2004	9/7/2004	8.981,47	17	70	1.526,85
31/7/2004	9/8/2004	14.102,76	17	70	2.397,47
31/8/2004	9/9/2004	21.834,53	17	70	3.711,87
30/9/2004	9/10/2004	31.990,53	17	70	5.438,39
31/10/2004	9/11/2004	18.098,47	17	70	3.076,74
30/11/2004	9/12/2004	28.183,76	17	70	4.791,24
31/12/2004	9/1/2005	41.268,41	17	70	7.015,63
31/1/2005	9/2/2005	34.057,88	17	70	5.789,84
28/2/2005	9/3/2005	15.309,53	17	70	2.602,62
31/3/2005	9/4/2005	23.357,65	17	70	3.970,80
30/4/2005	9/5/2005	21.559,24	17	70	3.665,07
31/5/2005	9/6/2005	12.213,29	17	70	2.076,26
30/6/2005	9/7/2005	15.916,76	17	70	2.705,85
TOTAL DO DÉBITO					92.972,74

#### DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - INFRAÇÃO 02 - 16.12.16

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2003	9/01/2004	1.075.713,21	-	2	21.514,26	2
31/12/2004	9/01/2005	1.068.106,92	-	2	21.362,14	2
31/12/2005	9/01/2006	1.367.577,43	-	2	27.351,55	2
TOTAL					70.227,95	

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108521.0043/06-1, lavrado contra **CARLOS S. JÓIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$92.972,74, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$70.227,95, prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR