

PROCESSO - A. I. Nº 117227.0031/07-2
RECORRENTE - FORÇA 7 ARTIGOS NAÚTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0296-02/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/09/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0304-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão que não aprecia alegação contida na impugnação apresentada, a qual não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria em supressão de instância. O processo deve retornar para novo julgamento por parte da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, através do Acórdão JJF Nº. 0296-02/08 lavrado em virtude da constatação da seguinte irregularidade: *“Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito, ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$ 75.210,51, além da multa de 70%, ocorrência verificada no exercício de 2006, meses de janeiro a dezembro”*.

O julgamento levado a efeito considerou o Auto de Infração procedente, através do Acórdão JJF Nº. 0296-02/08 (fls. 38 a 41). Assim se baseou o relator, para firmar o entendimento constante do referido Acórdão:

“Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois entendo que o autuante atendeu a legislação que rege a matéria, em especial a previsão do art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, tendo inclusive, concedido o crédito de 8% prevista para os contribuinte enquadrado no SimBahia, conforme planilha acostada à folha 06 dos autos. Também, o impugnante não comprovou sua alegação de que a autuação foi baseada em fatos que não correspondem à realidade. Ressalto que não se observando qualquer erro ou vício que possibilite decretar a nulidade da autuação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Portanto, caberia ao contribuinte apontar os erros que por ventura encontrasse no levantamento fiscal, juntando os documentos para comprovar sua alegação e, caso o autuante não acatasse poderia ser objeto de diligência para apuração da verdade material, entretanto, o sujeito passivo assim não procedeu e também não comprovou que comercializa com mercadorias com fase de tributação encerrada.

No mérito, observo que o levantamento realizado pelo autuante comparou os financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de sa

Created with



nitroPDF professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, in verbis:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º 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.”

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

A legislação do ICMS, aplicado aos fatos geradores da época, no capítulo dedicado ao SimBahia, rechaça a prática de infrações de natureza grave, tal como omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, art. 408-L do RICMS/Ba.

*Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração”.*

Cientificado da Decisão (fls. 46 e 47) e inconformado com a mesma, o sujeito passivo através de seu advogado ingressou com Recurso Voluntário, (fls. 50 a 55), no qual, preliminarmente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por supressão de instância e cerceamento do direito de defesa, por entender que a Junta de Julgamento não apreciou os argumentos elencados nos itens 10, 11, 12 e 13 da defesa apresentada, que se referem, respectivamente a desenquadramento ilegal do SimBahia, emissão de notas fiscais ao invés de cupons, e proporcionalidade correlata às vendas de mercadorias substituídas mencionando, inclusive, Decisão desta CJF através do Acórdão CJF 0027-12/08, razão pela qual ao reiterar o pedido de nulidade da Decisão, pede que seja o feito devolvido à Primeira Instância, para a realização de novo julgamento, a salvo das incorreções ora apontadas.

Quanto ao mérito, entende que a Decisão de 1ª Instância deve ser retificada, por afronta à legislação vigente, ratificando todos os termos da defesa já apresentada anteriormente.

Aduz que não houve a omissão apontada no lançamento tributário, apesar do recorrente não lançar em seu equipamento emissor de cupom fiscal os valores das vendas, o fazendo no documento “declaração de vendas”, sendo as declarações de receitas emitidas pela empresa em valor superior ao montante informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Aponta equívoco do autuante quando não validou os elementos apresentados pela empresa, notadamente os boletos das administradoras de cartões, os quais revelam vendas por meio magnético que compõem as declarações das mesmas instituições, sendo a ausência do registro na ECF decorrente da emissão de nota fiscal em substituição ao cupom fiscal, como provará ao curso do processo.

Requer revisão por estranho ao feito, mediante realização de diligência, a fim de comprovar a ausência de qualquer omissão praticada pelo recorrente.

Outra questão levantada pelo recorrente, diz respeito ao regime de tributação, vez que inscrita no regime do SimBahia, o que lhe possibilita o direito de pagar o ICMS pelas alíquotas vigentes para o citado regime, sendo, pois, inaceitável a simples concessão de “crédito”, citando ementário do CONSEF, especialmente, dentre outros, os Acórdãos CJF 0066-11/03, e

Menciona entendimento da PGE/PROFIS manifestado em Representação, no qual o regime concedido ao contribuinte possui garantias constitucionais.

Created with

mediante lançamento de ofício, o que implicaria em “desenquadramento irregular”, que atingiria o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Levanta, ainda, o recorrente, o fato de a empresa autuada proceder à emissão de notas fiscais e não cupons fiscais para acobertar vendas realizadas mediante cartão de crédito/débito, o que deve ser objeto de revisão, conforme já requerido.

Por fim, alega que o recorrente trabalha com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, as quais deveriam ser abatidas da base de cálculo para apuração do imposto eventualmente devido, e que o deferimento da solicitação da revisão solicitada, nos termos do artigo 155 do RPAF, tornaria inócua a preliminar suscitada.

Por tais razões, entende que o Auto de Infração deva ser julgado improcedente, ou no máximo, procedente em parte, remanescendo apenas e tão-somente, caso alguma parte da base de cálculo seja mantida, a aplicação das alíquotas do SimBahia.

A PGE/PROFIS através de Parecer exarado às fls. 62 a 65, inclina-se pela aceitação de parte das alegações do recorrente, notadamente o não enfrentamento por parte do órgão julgador de 1ª Instância, acatando a preliminar de nulidade da Decisão proferida, e pelo conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário apresentado, para que se declare a nulidade da Decisão recorrida e o retorno do feito para novo julgamento pela Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido o mesmo convalidado através de despacho de fl. 67.

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão da Primeira Instância que manteve o lançamento tributário tal como originalmente realizado, julgando o Auto de Infração procedente. As argumentações do recorrente encontraram, em parte, respaldo no Parecer da PGE/PROFIS supramencionado.

Analisando-se as preliminares levantadas pelo recorrente, verifico, inicialmente, que as questões 10, 11, 12 e 13 arguidas pela defendente, relativamente a “desenquadramento ilegal do SimBahia”, “emissão de notas fiscais e não cupons”, e “proporcionalidade correlata às vendas de mercadorias substituídas.”

Naquela peça, afirma a defesa resumidamente:

No item 10, aborda o regime de tributação do autuado, que, sendo inscrita no regime SimBahia possui o direito líquido e certo de pagar o ICMS, enquanto não for formalmente desenquadrada, pelas alíquotas vigentes para o citado regime. A simples concessão de “crédito” não pode ser adotada, vez que o contribuinte não perdeu o direito ao tratamento pelo SimBahia. Ainda que devida alguma parcela, a jurisprudência que cita através de Acórdãos proferidos pelo CONSEF, se coadunam com o seu entendimento.

Quanto ao item 11, na forma de Representação da PGE/PROFIS, cuja Decisão apensa às fls. 26 e 27, destaca que o regime concedido ao contribuinte possui garantias constitucionais, não podendo ser alterado mediante lançamento de ofício, o que implicaria em “desenquadramento irregular”, também de ofício, o que atingiria o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Já o item 12, diz respeito à emissão de notas fiscais e não dos cupons fiscais para acobertar as vendas realizadas através da modalidade cartão, conforme provará posteriormente pela juntada de documentos, ao tempo em que solicita revisão fiscal.

Finalmente, no item 13 aduz que a empresa autuada trabalha com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, razão pela qual deveriam ser excluídas da base de cálculo, para somente então serem aplicadas as alíquotas pertinentes às empresas de pequeno porte. Como meio de prova, reitera a solicitação de revisão por estranho ao feito.

Da análise das peças constantes nos autos, verifico que, de fato, merecem ser observados.

O primeiro deles diz respeito ao alegado desenquadramento do SimBahia, com a consequente aplicação da alíquota de 17% aos c

onde, com efeito, o Acórdão prolatado é silente. Já o item 11, que guarda estreita relação com o item anterior da defesa, igualmente não foi enfrentado na Decisão recorrida.

O mesmo não ocorreu em relação ao item 12 da defesa, onde, de forma explícita, o Acórdão textualmente afirma: *“Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento”*.

Logo, neste aspecto entendo que a questão levantada foi devidamente rechaçada, não tendo o recorrente qualquer motivação para questioná-la.

Por fim, o fato do sujeito passivo alegar que não foram excluídos do lançamento os valores de vendas correspondentes a mercadorias já tributadas anteriormente através da substituição tributária. Com efeito, esta questão não foi enfrentada no *decisio* atacado, verificando-se que no demonstrativo elaborado pelo autuante, e colacionado à fl. 06 do processo, não foi aplicada na oitava coluna do mesmo, correspondente a “diferença c/abatimento da proporcionalidade”, quaisquer valores, e que tal fato foi devidamente arguido pela defesa, especialmente no item 13, daquela peça (fl. 25), acima resumida, sem que o autuante rebatesse tal argumentação na informação fiscal prestada, ou o julgador se manifestasse a respeito.

Ressalte-se a necessidade de diferenciar o instituto da proporcionalidade, que visa afastar a bi-tributação daquelas mercadorias que, por determinação legal têm o valor do imposto devido nas operações subsequentes recolhido, com o instituto do crédito presumido que nada mais é do que uma ficção que visa respeitar o princípio da não-cumulatividade do imposto.

No demonstrativo supramencionado, muito embora o autuante tenha concedido o crédito fiscal presumido, omitiu-se de aplicar a proporcionalidade, ou justificar o motivo da não aplicação de tal mecanismo.

Diante de tais fatos, verificado que a Decisão recorrida encontra-se prejudicada pelas omissões verificadas por ocasião do voto, e pelo fato de que não foi atendido completamente o preceito nos artigos 153 e 155 do RPAF/99, alinho-me ao Parecer da PGE/PROFIS, e CONHECENDO o Recurso Voluntário, voto pelo seu PROVIMENTO, para considerar a Decisão recorrida NULA, devendo os autos retornar à 1ª Instância, para realização de novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentando e declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 117227.0031/07-2, lavrado contra **FORÇA 7 ARTIGOS NAÚTICOS LTDA.**, devendo os autos retornar à 1ª Instância, para a realização de novo julgamento.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASAL