

PROCESSO - A. I. Nº 108521.0043/06-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARLO'S JÓIAS LTDA. (CARLO'S RODEIRO JOALHEIRO)
RECORRIDOS - CARLO'S JÓIAS LTDA. (CARLO'S RODEIRO JOALHEIRO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0304-02/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/12/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0429-12/10

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%. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Tendo o contribuinte efetuado o pagamento do débito remanescente do julgamento em Primeira Instância, fica caracterizada a perda superveniente do interesse recursal. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, bem como Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, contra julgamento realizado pela Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JF nº 0304-02/09, julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado contra a empresa Carlo's Jóias Ltda., o qual : cobrança de ICMS pelo cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$133.894,70, além da multa de 70%, fato verificado nos anos de 2003, 2004 e 2005;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, vez que utilizou de talões de nota fiscal série D-1, em substituição ao Emissor de Cupom Fiscal (ECF), fato ocorrido em 2003, 2004 e 2005, com aplicação da penalidade de 5%, o que resultou em débito de R\$175.569,87;

Inconformado com os termos do Auto de Infração, o sujeito passivo, por intermédio de seu advogado interpôs defesa administrativa (fls. 63 a 71), na qual contesta o mesmo em sua inteireza e requerendo a decretação da sua improcedência, além de revisão fiscal por estranho ao feito.

Informação fiscal prestada pela própria autuante às fls. 564 e 565, mantém a totalidade da autuação, rebatendo a argumentação da empresa autuada.

Distribuído para julgamento pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, esta em sessão de pauta suplementar converte o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC), a fim de que fosse realizada revisão fiscal, à vista do alegado pelo defensor do autuado (fls. 572/573).

Em atendimento à mesma, Parecer de fls. 574 a 576 da ASTEC/CONSEF, após verificação na documentação do contribuinte reduz a exigência contida na infração 01, de R\$133.894,70 para R\$92.972,73.

Cientificado do resultado da diligência (fl. 659), o sujeito passivo comparece ao processo, para, em manifestação (fls. 662 a 666), após reiterar todas as alegações inicialmente postas em sua defesa, indica trazer a diligência realizada, vício que entende insuperável, transcrevendo jurisprudência do CONSEF, informando que não agiu com dolo ou má-fé, para, ao final, requerer o julgamento do Auto de Infração como totalmente ou uma vez que não seja possível, parcialmente procedente, com redução em 90% da penalidade da infração 2.

A autuante, em nova intervenção, informa que o lançamento foi realizado com base nos livros e documentos fiscais da empresa, por ela apresentados, mantendo o procedimento fiscal, com os valores reduzidos pela diligência realizada (fl. 669).

A Junta de Julgamento Fiscal, novamente converte o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC), a fim de que fossem esclarecidos pontos da diligência realizada anteriormente (fl. 672).

A diligência realizada resultou no Parecer ASTEC 83/2008 (fls. 674/675), o qual se faz acompanhar de diversos documentos, inclusive alguns subscritos pelo autuado, os quais procuram esclarecer a operacionalidade da empresa na emissão dos boletos dos cartões de crédito/débito.

Mais uma vez cientificada da nova diligência (fls. 1.241/1.242), o autuado se manifesta (fls. 1.245 a 1.1.248), contraditando a diligência realizada, trazendo novamente jurisprudência do CONSEF, para concluir que a segunda diligência, *“não possui suficiente força e meios para fazer frente ao primeiro trabalho da ASTEC”*.

Julgado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o Auto de Infração foi considerado procedente em parte, à unanimidade, na forma do Acórdão JJF 0235-02/08 (fls. 1.255 a 1.264), tendo a mesma recorrido de Ofício de sua Decisão, diante da sucumbência da Fazenda Pública.

Por seu turno, a empresa após cientificada da Decisão (fls. 1.269 e 1.230), interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.272 a 1.284), onde se insurge contra a Decisão de primeiro grau.

Perecer opinativo da PGE/PROFIS (fls. 1.291 a 1.295), após analisar a argumentação do recorrente, posiciona-se pelo não acolhimento da mesma, e o Improvimento do

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao apreciar o Recurso Voluntário de Ofício, à vista das peças constantes do processo, decidiu por

Voluntário, diante do fato de que a Decisão de primeira instância apresentava omissões e imprecisões, o que a tornava nula, restando, pois, prejudicada a apreciação do Recurso de Ofício, na forma do Acórdão CJF 0079-12/09 (fls. 1.297 a 1.304).

Constam nos autos documentos relativos a denúncias espontâneas realizadas pela empresa autuada, (fls. 1.317 a 1.347), o que levou a Junta de Julgamento Fiscal, para onde retornou o processo para novo julgamento, a convertê-lo mais uma vez em diligência, a fim de que fosse dada ciência dos mesmos à autuada e seu patrono, com prazo para manifestação (fl. 1.349).

A empresa, por seu advogado, na manifestação constante às fls. 1.353 a 1.355, alega que os documentos apensados ao processo não possuem qualquer relação com a matéria da lide, aproveitando a ocasião, para, mais uma vez, posicionar-se frente à matéria discutida, especialmente a diligência realizada pela ASTEC.

Julgado, o Auto de Infração foi considerado procedente em parte, através do Acórdão JJF 0304-02/09, constante às fls. 1.362 a 1.376.

A Decisão recorrida teve como base a seguinte argumentação esposada pelo relator, após rejeitar as arguições de nulidade suscitadas na defesa da empresa autuada:

“ (...)

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 APRECIÇÃO 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).

1) 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 paga 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, arguindo 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%

Nestas circunstâncias, não tendo sido elidida a presunção legal de omissão e representada pela declaração de vendas em valores inferiores às inform

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:

Em decorrência de sinistro ou razões técnicas, esta última devidamente comprovada e consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica;

- 1. 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 sequencial 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 carrear 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 2” 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 não coincidentes”. Indagou “qual a consequência do segundo Parecer n*
- c) omissão apontada no item 17 da defesa (fl. 70 do PAF), relativamente*

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 conclusão, conforme comentado acima os documentos fiscais com valores coincidente 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”.

A Junta de Julgamento Fiscal, em razão da Decisão prolatada, apresentou Recurso de Ofício referente à mesma.

Cientificado da Decisão, e inconformado com o mesmo, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.385 a 1.396), onde reitera todas as razões recursais apresentadas anteriormente, destaca que a Decisão deve ser reformada, de acordo com a argumentação que expõe, inclusive a ausência de previsão legal que sustente a aplicabilidade da presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei nº. 8.542/02.

Observa que a lei não autoriza que as diferenças entre as “reduções” e as informações das administradoras sejam utilizadas para lastrear a presunção de omissão de receita, e que as reduções, sozinhas, não servem como “declarações de vendas”, inclusive, informação fiscal inserta à fl. 576, afirma que “o autuado basicamente só emitiu no período fiscalizado N.F. D-1, em lugar do cupom fiscal”.

Entende que o artigo 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, deve ser interpretado de modo a abranger outros elementos fiscais e contábeis colocados à disposição da fiscalização, e que a não emissão dos cupons fiscais não significa omissão da tributação dos valores de vendas com cartões de crédito.

Alega ilegalidade do lançamento, vez que a autorização legal para a presunção contida na infração 1 foi acrescentada pelo Decreto nº. 8.882/04, o que tornaria impossível a cobrança pela modalidade a fatos geradores ocorridos em 2003, transcrevendo o artigo 824-E do RICMS/BA.

Aduz que a autuação pecou em não validar elementos colocados à disposição do Fisco pelo recorrente, notadamente os boletos das administradoras de cartões, o que prejudicou o lançamento, o qual, inclusive, incorreu em “bis in idem”.

Insurge-se contra a posição da Junta de Julgamento Fiscal ao não considerar o regime de tributação da empresa autuado, a qual sendo inscrita no regime SIMBAHIA, deveria recolher o ICMS com base na alíquota vigente para o citado regime, transcrevendo decisões deste CONSEF.

Por último, insurge-se contra a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF constante à fl. 674, por entender que a mesma não alcançou a solicitação realizada pela Junta de Julgamento, e não refletiu à verdade dos fatos.

Quanto à infração 2, alega não se poder falar em dolo, fraude e simulação por parte da empresa, vez que não houve falta de recolhimento do imposto, pelo fato das vendas com cartões estarem baseadas na emissão de notas fiscais de venda a consumidor. Dessa forma, a multa imposta há de ser reduzida, à vista do artigo 42, § 7º, da Lei 7.014/96, transcrevendo Decisão deste Conselho.

Entende não ser possível que o valor da multa seja superior ao da “omissão” levantada no Auto de Infração, diante da situação do recorrente, de inscrita como micro-empresa, o que lhe dá o caráter de confiscatória.

Por tudo quanto exposto, requer o Provimento do Recurso Voli improcedência do lançamento.

Parecer opinativo da PGE/PROFIS (fls. 1.400 a 1.405) posiciona-se pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que as razões recursais serem insuficientes para modificar a Decisão recorrida, após adotar como relatório o Acórdão JJF 0304-02/09, entendendo que a Lei do ICMS é clara e a presunção contida na infração 1 persiste enquanto o contribuinte não conseguir elidi-la, mediante produção de prova, recorrendo à Lei nº 8.542/02 para embasar tal assertiva.

Quanto à infração 2, afirma que o recorrente não nega o seu cometimento, apenas requerendo redução percentual de 90% para a multa imposta, pleito que rechaça, ao amparo do artigo 293 do RICMS/BA. Quanto ao preceito do artigo 42, § 7º, da Lei 7.014/96, entende que é discricionária e que somente ao CONSEF cabe tal Decisão, embora, posicionando-se na condição de guardião da legalidade dos atos administrativos, entende existirem indícios de que o recorrente agiu com dolo, fraude ou simulação, seguindo entendimento do julgador de primeira instância, inclusive quando este se posiciona no sentido de que a apuração da infração 01 comprova a falta de recolhimento do imposto, o que afastaria a possibilidade de aplicação do artigo 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 1.409 a 1.413 consta solicitação de parcelamento do débito, efetuado pelo recorrente, ao amparo dos benefícios previstos na Lei 11.980/10, sendo que o mesmo contempla o valor julgado pela primeira instância.

Documento de fls. 1.415 e 1.416, protocolizado pelo recorrente, informa o pagamento do “valor da condenação” pela Junta de Julgamento Fiscal, e manifesta a expressa renúncia ao Recurso Voluntário interposto, bem como solicita a imediata deliberação quanto ao Recurso de Ofício.

VOTO

Temos dois Recursos a apreciar: o Recurso de Ofício, interposto com base no artigo 169, § 2º, do RPAF/99, e o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, inconformado com a Decisão de primeiro grau.

Apreciemos, inicialmente o Recurso de Ofício. Analisando-se o motivo do mesmo, vejo que se refere às duas infrações do lançamento.

Na primeira, diante da argumentação apresentada pela empresa em sua defesa, a Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, a fim de que a ASTEC/CONSEF verificasse se os dados constantes na relação TEF dos cartões, se referiam a operações realizadas pelo estabelecimento, ou a outro da mesma rede.

Diante das alegações defensivas, resultantes da realização da diligência, houve nova solicitação para que a ASTEC/CONSEF dirimisse dúvidas, quanto a elementos do lançamento, o que foi feito.

Assim, a Junta de Julgamento Fiscal procurou chegar à verdade material dos fatos, o que implicou na redução dos valores originalmente lançados, resultado dos ajustes advindos de duas diligências, aplicando a base de cálculo de forma correta, diante da condição de microempresa do autuado, sendo que tais reduções implicaram decisivamente na existência do Recurso de Ofício.

E, tanto agiu corretamente, que nas duas vezes em que apreciou o lançamento, a Decisão relativa aos valores da condenação foram os mesmos, ainda que por ocasião do segundo julgamento pudesse ter a oportunidade de reparar algum equívoco eventualmente ocorrido na apreciação anterior.

Dessa forma, a Decisão recorrida, ao tempo em que supriu as imperfeições existentes naquela anteriormente existente, agiu ao rigor da norma legal, atendendo aos princípios fundamentais do processo, prova disso é o reconhecimento do próprio sujeito passivo. ao efetuar o recolhimento total do débito por ela julgado, bem como a aplicação da retroativi específico da infração 02..

Ressalte-se que na Decisão recorrida, a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou pontual e corretamente todas as alegações colocadas pelo sujeito passivo, bem como aquelas observações contidas no voto proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por ocasião da apreciação recursal do feito, que culminou com a anulação da Decisão então proferida, e o consequente retorno para este novo julgamento, objeto deste Recurso de Ofício.

Assim, não cabendo nenhum reparo à mesma, entendo que o Recurso de Ofício apresentado não deve ser provido, tornando a Decisão exarada, definitiva.

Quanto ao Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, tendo em vista a petição constante às fls. 1.415 e 1.416, na qual informa o pagamento do valor julgado utilizando-se dos benefícios contidos na Lei nº. 11.980/10, e a desistência do instrumento recursal, fica, pois prejudicado em sua análise, diante da perda de interesse processual da empresa.

Por tais motivos, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida, e, em razão desta Decisão, julgo o Recurso Voluntário PREJUDICADO, em virtude de seu pagamento, e consequente desistência explícita do Recurso, objeto, inclusive de petição específica do recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal apresentado relativo ao Auto de Infração nº **108521.0043/06-1**, lavrado contra **CARLO'S JÓIAS LTDA. (CARLO'S RODEIRO JOALHEIRO)**, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e os autos encaminhados à repartição fiscal de origem para homologação dos valores pagos com os benefícios da Lei nº 11.908/10, e posterior arquivamento do processo.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA -REPR. DA PGE/PROFIS