

A. I. Nº - 088299.0006/05-6
AUTUADO - R S CARVALHO ESPORTIVOS
AUTUANTE - DJALMA BOAVENTURA DE SOUZA
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 01.06.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-02/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. a) CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Elidida parcialmente exigência, resultante de ajustes efetuados no levantamento. b) NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Não comprovada a necessidade de emissão das notas fiscais. Adequação da multa com base no Art. 102, II “c” do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 30/06/2005, para exigir ICMS acrescido da multa de 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

Infração 01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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 - R\$6.386,53. Multa de 70%;

Infração 02 - emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, tendo sido aplicado multa de 5% sobre o valor das operações - R\$5.793,56.

O autuado, na defesa, às fls. 23 e 24, alega que as provas juntadas, ou seja, cópias dos boletos e comprovantes de depósitos dos cartões indicam a existência de divergências entre os valores reais e os valores informados no referido auto.

Assegura que as vendas foram lançadas no montante, conforme valores discriminados sendo fielmente pago todos os impostos devidos, seja Estadual e Federal, conforme cópias dos DAEs em anexo, porém ocorrendo negligência ou falta de cuidado de alguns dos seus funcionários, no momento da emissão do cupom fiscal, ficando então o registro das vendas que seriam cartão de crédito registrado como venda a vista, e também houve emissão de notas fiscais por motivo de problemas no seu software que era vinculado a internet, sendo diretamente prejudicado em qualquer momento que a mesma desconectava, sendo, segundo alega, impossível a emissão do cupom fiscal, sendo então estas notas emitidas neste momento, evitando que o seu estabelecimento comercial ficasse sem atender a Legislação Est

notas para o consumidor, sendo que o autuante desconsiderou esta parte maciça do seu faturamento.

Reconhece que houve equívoco no lançamento de algumas operações, o que resultou num crédito em favor da ré, em alguns meses citados pelo autuante, dívida tributária que será reconhecida e que pretende a demandante, no momento que seja apurada estas diferenças, de logo, saldar, mediante parcelamento da dívida.

Aponta divergências seguintes em relação à emissão dos cartões de créditos e as informações dadas pela financeira, anexando cópias dos boletos e comprovantes de depositos emitidos:

“No mês de Maio/2003 - Montante de boletos no valor de R\$ 32.320,35 Agosto 2003 - Montante de boletos no valor de R\$ 22.097,80 Setembro/2003 - Montante de boletos no valor de R\$ 19.016,90 Novembro/2003 - Montante de boletos no valor de R\$ 12.805,60 Dezembro 2003 - Montante de boletos no valor de R\$ 25.006,09 Março/2004 - Montante de boletos no valor de R\$ 12.971,33 Julho/2004 - Montante de boletos no valor de R\$ 10.307,55 Agosto/2004 - Montante de boletos no valor de R\$ 13.055,13.”

Conclui que, assim, inexiste omissão de lançamento por parte da autora, que, entretanto, em nome da boa-fé, assume neste ato o ônus das diferenças ocorridas, por se utilizar do mecanismo de cartão de crédito, como forma de pagamento das vendas operadas.

Explica melhor que foram informadas vendas a dinheiro, quando, em verdade, tais negócios se operaram mediante cartão de crédito, deixando-se de fazer o lançamento na Redução Z.

Aduz que, em outra parte também foi autuado a emissão das notas fiscais D-1, como emissão indevida, acima citadas, emitidas devido a problemas no software, e que não poderia efetuar vendas sem a emissão das notas fiscais para o consumidor.

Anexa também declaração de cancelamento do seu contrato com a empresa deste software, devido aos problemas enfrentados com o mesmo, e o novo contrato de locação da empresa que hoje lhes atende, ficando um período de transição de implantação do novo sistema de mais ou menos 04 meses, setembro até dezembro de 2004, e neste período teve que emitir Notas fiscais D-1 em todo ou quase todo parte do nosso faturamento.

Argumenta que o reconhecimento da dívida que ora se opera é realizado em prol, aliás, do princípio da boa-fé processual, de molde a demonstrar que a autora não busca, com a presente demanda, se exonerar do pagamento de dívida tributária efetivamente existente.

Solicita que sejam reconhecidas as divergências encontradas e que assumida apenas os valores devidos.

O autuante, às fls. 213 a 215, apresenta a informação fiscal, argüindo que os valores no auto de infração foram apurados mediante critérios claros e objetivos - Dados da Redução Z versus dados constante no INC decorrente das informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito/débito. Salienta que as informações foram prestadas mediante autorização da própria autuada.

Afirma que a própria autuada reconhece que as vendas recebidas por meio de cartão de crédito, foram lançadas na redução Z como vendas a vista, em dinheiro.

Aduz que a multa de 5% foi aplicada em atenção à norma legal, ou seja, as disposições contidas no art. 915, inciso XXIII-A, alínea h do RICMS.

Sustenta que à época da autuação, não constava qualquer tipo de ocorrência relativa a problemas no ECF, registradas no Livro Registro de Ocorrências, bem como não existia qualquer tipo de atestado de intervenção em ECF emitido por empresa autorizada para tal.

Requer a PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

A 2^a JJF, à fl. 218, considerando a alegação do contribuinte que, de acordo com as cópias dos boletos e comprovantes de depósitos dos cartões por ele juntadas à defesa, existem divergências entre os valores reais e os valores informados no Auto de Infração (fl. 22). Mais adiante, especifica as divergências em relação à emissão dos cartões de crédito e às informações dadas pela financeira. Juntou cópias dos boletos e comprovantes dos depósitos emitidos (fl. 23).

Solicita-se que seja prestada informação levando em conta todos os aspectos suscitados pelo autuado, tanto na defesa originária quanto na manifestação que ele porventura venha a merecer em virtude dos novos elementos acostados aos autos.

O autuado, às fls. 229 a 231 dos autos, volta a se manifestar reafirmando os erros sustentados na primeira defesa, do dia 04 de agosto de 2005, destacando que o que chama mais atenção são as divergências nos valores de débito e crédito das operadoras Visanet e Redecard, ou seja, tiveram diversos dias que as informações passadas no auto de infração continha os valores do crédito e descartados valores do débito e vice versa, indicando como exempla constante da planilha apresenta em CD, o dia 30/05/2003, Visanet.

Assegura que na planilha trazida no aludido CD, constam a demonstração que as vendas foram lançadas no montante total e pago o respectivo imposto, conforme cópia dos DAEs que alega acostar aos autos. Assegura que, por erro da funcionários registrou vendas em dinheiro, que na verdade ocorreram através de cartões, bem com emitiu notas fiscais D1 em razão de problemas em seu software, que era vinculado à internet, não sendo considerado pelo autuante o montante do faturamento dessas notas. Informa ter anexado cancelamento de contrato da empresa desse software.

Solicita que sejam reconhecidas as divergências encontradas e que seja assumida apenas os valores devidos.

O autuante, às fls. 234 e 235, apresenta nova informação fiscal, afirmando que atendendo à diligência requerida pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal às fls. 218, passa a informar, quanto a infração 01, que “*após receber o Relatório diário de operações TEF e analisá-lo, a empresa anexa em CD-ROM, duas planilhas denominadas - Cópia de Cópia_de_RS_Carvalho Rel TEF-Op_Diárias-2003 e Cópia de Cópia_de_RS_Carvalho - 48275707-Rel_TEF Op_Diárias-2004, onde relaciona: a) valores que constam nas informações passadas pela SEFAZ e que não tem boletos de cartão correspondente da rs carvalho; b) valores em boletos de cartão da rs carvalho que não constam nas informações passadas pela SEFAZ.*”

Afirma que, após a análise dos dados elaborou o demonstrativo de fl. 236, onde fez o ajuste de todos os dados e valores em discussão, comparando-os, e chegando às seguintes conclusões:

“*1. Nos meses de maio e agosto de 2003, Março e julho de 2004, foram considerados os valores apresentados pelo contribuinte às fl. 23, consubstanciado nos documentos anexados as fl. 49 a 186.*

2. O contribuinte não contestou os valores relativos a junho de 2003.

3. Nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2003 e agosto de 2004, mesmo com as informações de fl. 23 e os documentos apresentados às fl. 49 a 186, foram mantidos os valores informados pelas Administradoras, por serem os mesmos inferiores àqueles apresentados pelo autuado.

4. Nos meses de outubro de 2003 e janeiro, abril, maio, setembro e novembro de 2004, foram mantidos os valores informados pelas Administradoras, uma vez que, mesmo havendo divergências favoráveis ao autuado, o mesmo não apresentou documentos que atestem a veracidade dos dados anotados nas planilhas acima mencionadas.

5. Por derradeiro, elaboramos novas "Planilhas Comparativas de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito/Débito" anexas às fls. 237 e 238, as quais entendemos, deva prevalecer sobre as outras originalmente anexadas às fl. 10 e 12.

6. Desta forma, com relação à infração 01, requeremos a decretação da procedência parcial, com a redução do valor histórico do ICMS de R\$ 6.386,53 para R\$ 6.012,45.

B - Com relação à Infração 02.

1. Reafirmamos, na inteireza, os termos da informação fiscal prestada às fl. 215 e acrescentamos que em inúmeras decisões desse Egrégio Conselho, atestam a procedência da ação fiscal.

2. Por fim, requeremos a decretação da procedência total da Infração 02. "

A 2ª JJF, à fls. 240, volta a solicitar diligência à repartição de origem, tendo em vista a manifestação do contribuinte (fls. 229/231). Solicita que seja dada ciência da informação fiscal e das peças anexadas às fls. 234/238, ao sujeito passivo, fornecendo-lhe cópia das mesmas, bem como cópia do presente despacho, no ato da intimação, mediante recibo.

O autuado, às fls. 248 a 280 dos autos, após a ciência, volta a se manifestar, interpondo recurso à Câmara Superior, afirmando que acertadamente fez bem os membros da 2a Junta de Julgamento Fiscal em considerar os valores apontados pelo contribuinte para os meses de maio e agosto de 2003, março e julho de 2004, além de manter os valores informados pelas Administradoras, por serem inferiores àqueles apresentados pelo autuado, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2003 e agosto de 2004. Contudo, ao elaborar nova Planilha Comparativa de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito/Débito, membros da Junta de Julgamento incorreram em flagrante equívoco, pois, ao invés de cancelar as aludidas cobranças, tendo em vista o pagamento por parte do contribuinte, por vezes a maior, conforme mesmo afirmam, reduziram o valor histórico da cobrança para a diferença apurada entre os valores informados.

Assegura que, conforme se denota dos DAEs acostados a este Auto de Infração e da Defesa Administrativa, verifica-se que os valores a título de ICMS já foram recolhidos utilizando-se a base de cálculo informada pelo contribuinte, às fls. 23, inclusive com pagamento por vezes a maior do realmente devido, de modo que descabe falar em apuração da diferença, mas sim do cancelamento da autuação no que se refere aos meses supracitados, sob pena de cobrança em duplicidade do aludido imposto.

Afirma que a decisão dos Julgadores ao declarar a sua procedência se deu com verdadeira afronta ao que adiante apresentará, impende seja cancelada a autuação no que se refere aos valores glosados para os meses de maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2003 e março, julho e agosto de 2004, tendo em vista que o ICMS fora pontualmente adimplido em relação a estes meses (cf. Daes anexados), inclusive com pagamento a maior, como mesmo atesta os Julgadores da 2a Junta de Julgamento Fiscal às fls. 234.

Em relação à Infração 02, afirma descaber aplicação de multa quando da ocorrência de caso fortuito e comprovada a boa-fé do contribuinte.

Afirma que, em relação à infração 01 a cobrança ocorreu em duplicidade, bem como o ICMS já fora pontualmente adimplido.

Argumenta que foi violando o princípio da legalidade e do não confisco, pois se o Fisco com o intuito de atender devidamente à suas finalidades precípuas se reveste de poderes e prerrogativas, é igualmente verdade que tais poderes devem ser mitigados pelas garantias constitucionais, as quais não podem ser desrespeitadas, sob pena de eivar de nulidade insanável sua atuação.

Apresenta o título exemplificativo do pagamento em duplicidade, que no mês de Setembro de 2003 o contribuinte declarou e pagou o ICMS sobre o montante de R\$ 19.016,90, enquanto que a autuação fora lavrada sobre o montante de R\$ 16.309,55 com b administradoras. Igualmente, no mês de Agosto de 2004 o ICMS f

utilizando-se o valor de R\$ 13.055,13, enquanto que a r. autuação cobra o ICMS incidente sobre o montante de R\$2.614,53.

Conclui pelo devido cancelamento da autuação em relação aos meses acima elencados uma vez que já devidamente adimplidos e, por conseguinte, o direito ao creditamento dos valores recolhidos a maior. Alinha que a Constituição Federal estabelece expressamente em seu art. 150 ser defeso à Administração Pública utilizar tributo com efeito de confisco e a cobrança em duplicidade pretendida tem natureza puramente confiscatória.

Argumenta que a moralidade é aquela que se vincula não só à obediência estrita lei que deve ser aplicada, mas também à preocupação de não gerar problemas de nenhuma espécie ao administrado, podendo, inclusive ser responsabilizado o servidor, civilmente, nos termos do art. 37, § da lei suprema, se não agir eticamente.

Destaca a violação do Princípio da Moralidade no Direito Tributário trazendo trechos de textos de Ives Gandra da Silva Martins; 2a ed. Atual- SP: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Afirma descaber a autuação em relação aos meses de outubro de 2003 e janeiro, abril, maio, setembro e novembro de 2004, pois os próprios Julgadores deste Órgão fiscal afirmam que houve divergências favoráveis ao autuado, justificando a manutenção pelo parco fundamento de que o mesmo não apresentou documentos que atestem a veracidade dos dados anotados nas planilhas mencionadas.

Argui que o Auditor Fiscal se limitou a elencar as dita infração que supostamente fora cometida pela Recorrente, indicando apenas seu fundamento jurídico (artigos de lei), sem, contudo, lhes fornecer qualquer respaldo fático, pelo que deve, igualmente, ser cancelada.

Quanto à infração 02, repete as mesmas arguições, pedido o cancelamento da infração 02 e excluída a multa de 5%, pois todos os tributos decorrentes das operações ali registradas foram pontualmente adimplidos.

Diante do exposto, portanto, pede a improcedência do Auto de Infração em tela, pelo que espera e requer a recorrente seja reformada a decisão da 2a Junta de Julgamento Fiscal para:

“a) Seja cancelada a glosa dos valores referentes aos meses de maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2003 e março, julho e agosto de 2004, uma vez que já foram pontualmente adimplidos pelo contribuinte, inclusive com pagamento a maior do realmente devido, sob pena de se incorrer na duplicidade de cobrança do mesmo imposto;

b) Seja, igualmente, cancelada a autuação referente aos meses de outubro de 2003 e janeiro, abril, maio, setembro e novembro de 2004, tendo em vista afirmação dos próprios Julgadores deste n. Órgão fiscal, no sentido de que houve divergências favoráveis ao autuado;

c) Seja cancelada a Infração n. 02 e remida à multa de 5% aplicada, em atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e ainda face à teoria pás de nulite sans grief “

Por fim, requer seja declarado o direito da Recorrente se creditar dos valores a título de ICMS pagos a maior nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2003 e agosto de 2004, conforme asseverado no item 3 da decisão ora combatida.

Continua o autuado, às fls. 264 a 266, afirmado que requer a devolução do prazo para recurso à câmara superior do CONSEF, uma vez que a intimação foi entregue à administração do Shopping onde está situado a autuada, ferindo o art. 108 do RPAF/BA, que determina a intimação mediante remessa por via postal deverá constar aviso de recebimento (AR) ou prova de entrega ao sujeito passivo, conforme alinhado o que dispõe o art. 39 do RPAF/BA.

Conclui por entender obstado o seu direito de defesa, pedido que seja devolvido o prazo para o competente recurso a Câmara Superior.

O autuante, às fls. 284 a 285, afirma que após o cumprimento da solicitação pela 2a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, foi entre

Disc contendo, em arquivo Excel, o RELATÓRIO DIÁRIO OPERAÇÕES TEF, da empresa autuada, gerados pelo Sistema de Informações do Contribuinte - INC, com base em dados fornecidos pelas Administradoras de Cartão de Débito/Crédito, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, conforme recibo de Arquivos Eletrônicos em anexo (fl. 226).

Relata que o autuado manifestou-se sobre as informações recebidas conforme relato nas fl. 229 a 232. Em cumprimento à 3^a parte da diligência acima referida (fl.218), o autuante manifestou-se às fls. 234 e 235, incluindo novos demonstrativos de fl. 236 a 238.

Afirma que, novamente a 2^o Câmara e Julgamento Fiscal baixou o processo em diligência (fl. 240 e 241), determinando a ciência do sujeito passivo e a entrega de cópias dos documentos de fl. 234 a 238 acima citadas.

Aduz que, na manifestação apresentada pelo patrono da autuada às fls. 248 a 260, ficam evidenciados alguns equívocos, a saber:

1. Na página inicial (fl. 248) o patrono da autuada refere-se a Recurso Voluntário e cita os art. 169, I, b, e 171 do RPAF, que trata justamente dos Recursos.

2. Nas páginas seguintes, trata todo o processo como se o mesmo já tivesse sido objeto de julgamento por esse Egrégio Conselho, a ponto de, na página 5 (fl.252). referir-se à informação fiscal do autuante às fls. 234 e 235, como decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

3. No mérito, com relação à infração 01, alega a duplicidade da cobrança, pois, na sua ótica, o ICMS já fora pontualmente adimplido, o que não reflete a verdade uma vez que os valores exigidos no presente auto de infração tratam da omissão de saída de mercadorias tributáveis em decorrência da divergência entre os valores registrados na Redução Z do ECF tendo como meio de pagamento cartão de crédito / débito e os valores informados pelas Administradoras de cartão de crédito / débito. Basta atentar para o enunciado da Infração 01, na fl. 01 do presente processo.

4. Com relação à infração 02, requer o cancelamento desta alegando princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, contra o que se insurge o autuante por tratar-se de assunto cuja jurisprudência já está, há muito, formada por esse Colendo Conselho.

5. No mais, tergiversa sobre matéria de Direito e, ao final, requer a Improcedência do Auto de Infração.

Por derradeiro e diante do exposto requer o autuante:

1. Com relação à infração 01, a decretação da procedência parcial, com a redução do valor histórico do ICMS de R\$ 6.386,53 para R\$ 6.012,45.

2. A decretação da procedência total da Infração 02.”

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 02 infrações, sucintamente reproduzidas: Infração 01 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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; Infração 02 - emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, tendo sido aplicado multa de 5% sobre o valor das operações.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recorrente da Administração Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através de

ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, exigidas, inclusive, através das diligências solicitadas, em que foi entregue ao autuado os elementos materiais que fundamentam as diferenças apuradas, especialmente o relatório TEF diário por operações, conforme recibo à fl. 226 dos autos; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Indefiro, liminarmente, a devolução do prazo para apresentação de defesa, visto que o autuado tomou conhecimento da intimação, conforme se verifica em sua declaração que recebeu da Administração do Shopping, atingindo, portanto, a sua finalidade de dar ciência ao autuado, não havendo qualquer prejuízo à defesa, que, inclusive, além da aludida ciência, teve várias oportunidades se de manifestar nos autos, explorando com detalhes e longamente cada item que pretendeu impugnar.

Verifico que o impugnante, após a informação fiscal, prestada pelo autuante, apresenta, indevidamente, Recurso à Câmara Superior como se julgamento já houvesse em 2ª instância, contudo, levando em consideração que o seu conteúdo reflete a manifestação de contestação à aludida informação fiscal, bem como amparado no espírito do princípio da fungibilidade dos recursos, de uso corrente nos tribunais, e no princípio da busca da verdade material, acolho o mencionado recurso como se contestação fosse.

Passando a análise das questões centrais de mérito, cabendo consignar que o autuado, em relação à infração 01, apesar de argumentar que foram registrados pagamentos a vista em dinheiro, quando na verdade se referiam a vedas através de cartão de crédito/débito, não trouxe aos autos qualquer demonstração, junto com a documentação necessária, que indicasse haver identidade de valor e data entre os lançamentos constantes no TEF e os cupons fiscais ou mesmo notas fiscais, cujos pagamentos foram registrados como a vista em dinheiro.

O autuante analisa os dados solicitados e apresenta o demonstrativo de fl. 236, onde fez o ajuste de todos os dados e valores em discussão, comparando-os e chegando às seguintes e acertadas conclusões, acolhidas nesse voto:

“1. Nos meses de maio e agosto de 2003, Março e julho de 2004, foram considerados os valores apresentados pelo contribuinte às fl. 23, consubstanciado nos documentos anexados as fl. 49 a 186.

2. O contribuinte não contestou os valores relativos a junho de 2003.

3. Nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2003 e agosto de 2004, mesmo com as informações de fl.23 e os documentos apresentados às fl. 49 a 186, foram mantidos os valores informados pelas Administradoras, por serem os mesmos inferiores àqueles apresentados pelo autuado.

4. Nos meses de outubro de 2003 e janeiro, abril, maio, setembro e novembro de 2004, foram mantidos os valores informados pelas Administradoras, uma vez que, mesmo havendo divergências favoráveis ao autuado, o mesmo não apresentou documentos que atestem a veracidade dos dados anotados nas planilhas acima mencionadas.

5. Por derradeiro, elaboramos novas "Planilhas Comparativas de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito/Débito" anexas às fls. 237 e 238, as quais entendemos, deva prevalecer sobre as outras originalmente anexadas às fl. 10 e 12.

6. Desta forma, com relação à infração 01, requeremos a decretação da procedência parcial, com a redução do valor histórico do ICMS de R\$ 6.386,53 para R\$ 6.012,47.”

O autuado, conforme solicitado, através de diligência, recebeu os relatórios respectivos, dos resultados das diligências, se insurgiu

remanesceu dos ajustes, relativos à alguns meses, entendendo que já efetuou o recolhimento daqueles valores, o que efetivamente não se comprova, na medida em que o autuado quer, através dos pagamentos que efetuou normalmente, tendo em vista o seu total faturamento, demonstrar que recolheu mais do que o devido apurado nos ajustes efetuados. Não há como prosperar tal arguição, tendo em vista que os valores exigidos são específicos em relação ao ICMS não recolhido resultante das diferenças apuradas entre os valores registrados como pagamento através de cartões de crédito/débitos e tais vendas informadas pelas Administradoras, não havendo como alegar duplicidade de pagamento ou pagamento a mais do ICMS e, consequentemente, não cabem os créditos fiscais requeridos. Assim como não cabe o cancelamento dos itens a que se refere o item “b” do pedido do autuado, à fl. 260, uma vez que o autuante, no que coube, efetuou os ajustes pertinentes.

Não compartilho do entendimento de que foi violando o princípio da legalidade e do não confisco, vez que foram atendidas os dispositivos legais, previsto no §4º do art. 4º da Lei 7014/96, foram ajustados os valores e reduzida a exigência com base nas arguições e provas do autuado, bem como não houve qualquer ação confiscatória, em razão da não ocorrência da dupla exigência, conforme, acima alinhado. Nessa mesma toada, não vislumbro qualquer violação ao princípio da moralidade, bem como não foi constatada qualquer violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, conforme considerações já feitas anteriormente.

Quanto à infração 02, o autuado não apresenta qualquer atestado de intervenção para demonstrar que efetivamente não podia utilizar os Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais - ECFs. O autuado não nega a emissão das notas, bem como não trouxe aos autos qualquer elemento material que justifique a emissão dessas em lugar dos cupons fiscais, cabendo a exigência da multa por descumprimento da obrigação acessória, amparada nos dispositivos apontados pelo autuante.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado deixou de recolher imposto, constante da infração 01, bem como não ficou descaracterizada a ocorrência de dolo, visto não haver os atestados de intervenções, que justificassem a impossibilidade de utilizar o ECF. Assim, não há como contemplar o pedido do impugnante o cancelamento das multas.

Ocorre que, em relação à penalidade aplicada nessa infração 02, vigia, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. A redação atual, entretanto, desse dispositivo foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/01/2007, com efeito a partir de 28/11/2008, conforme segue:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em ar

equipamento de controle fiscal ou sistema eletrônico de processamento de dados:

...

h) 2% (cinco por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;”

Assim, de forma a atender, inclusive, ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, alegados pelo autuado, que inspirou tal alteração, fica modificada a penalidade aplicada para 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte, em conformidade com a nova redação dada ao art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96, amparado no que dispõe a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN, a seguir reproduzido:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Diante das considerações, acima alinhadas, apesar de não acolher o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, relativas à infração 02, pelos motivos expostos pelo autuado, cabe redução da mesma por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITOS INFRAÇÃO 02					
Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo	Multa 2%
16.12.16	2	31/1/2003	9/2/2003	3.034,00	60,68
16.12.16	2	31/3/2003	9/4/2003	990,00	19,80
16.12.16	2	30/4/2003	9/5/2003	7.663,00	153,26
16.12.16	2	31/5/2003	9/6/2003	419,00	8,38
16.12.16	2	30/6/2003	9/7/2003	85,00	1,70
16.12.16	2	31/10/2003	9/11/2003	1.407,00	28,14
16.12.16	2	30/11/2003	9/12/2003	3.787,00	75,74
16.12.16	2	31/12/2003	9/1/2004	1.501,70	30,03
16.12.16	2	31/1/2004	9/2/2004	241,00	4,82
16.12.16	2	29/2/2004	9/3/2004	4.689,87	93,80
16.12.16	2	31/3/2004	9/4/2004	2.404,06	48,08
16.12.16	2	30/4/2004	9/5/2004	1.151,00	23,02
16.12.16	2	31/5/2004	9/6/2004	6.811,85	136,24
16.12.16	2	30/6/2004	9/7/2004	2.745,20	54,90
16.12.16	2	31/7/2004	9/8/2004	1.193,90	23,88
16.12.16	2	31/8/2004	9/9/2004	4.344,73	86,89
16.12.16	2	30/9/2004	9/10/2004	9.166,70	183,33
16.12.16	2	31/10/2004	9/11/2004	35.569,01	711,38
16.12.16	2	30/11/2004	9/12/2004	15.470,30	309,41
16.12.16	2	31/12/2004	9/1/2005	8.511,80	170,24
16.12.16	2	31/1/2005	9/2/2005	4.384,36	87,69
16.12.16	2	28/2/2005	9/3/2005	301,80	6,04
TOTAL					2.317,47

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a infração 02, a manutenção parcial da exigência no valor de R\$6.012,47, conforme

fls. 237 e 238, bem como a infração 02, pela sua procedência, com redução da multa para o valor de R\$2.317,45.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 088299.0006/05-6, lavrado contra **R S CARVALHO ESPORTIVOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.012,47, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa, por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$2.317,45, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h” do mesmo diploma legal Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR