

PROCESSO - A. I. Nº 207158.0006/15-8
RECORRENTE - RADIANTE MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCESSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0197-04/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0283-12/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. As declarações de vendas efetuadas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informado 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. Reduzido o valor da imputação através de diligência fiscal. Ajustes realizados no levantamento fiscal, sendo elaborado novo demonstrativo de débito onde o valor foi reduzido. Acusação parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2015 para cobrar ICMS no valor de R\$28.704,79, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. 05.08.01. Omissão de saída de mercadoria tributada por meio 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, ocorrência verificada nos meses de março, maio, junho, setembro a novembro de 2010, janeiro a março, maio, julho a setembro de 2011, março, abril, julho, setembro, outubro, dezembro de 2012, totalizando R\$23.692,42, multa de 100%.

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0197-04/16, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

VOTO

“O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, todas objeto de impugnação. Muito embora não o faça explicitamente, o sujeito passivo, em determinado trecho de sua defesa, fala em dificuldade quanto ao exercício de seu direito de defesa, motivo pelo qual em obediência ao disposto no caput do artigo 155 do RPAF/99, o qual reza que a decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento, faz algumas observações.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e documentos que ao seu entender elidiriam as infrações, colocando seus argumentos com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

O processo administrativo tem o objetivo de proteger a verdade material, garantir que os conflitos entre a Administração e o Administrado tenham soluções com total imparcialidade, representando e garantindo que os atos praticados pela Administração e seus prepostos serão revisados e poderão ser ratificados ou não a depender das provas acostadas nos autos.

Dessa forma, estão arraigados ao processo administrativo os princípios constitucionais dentre eles o da ampla defesa, do devido processo legal, além dos princípios processuais específicos, quais sejam: oficialidade; formalismo moderado; pluralismo de instâncias e o da verdade material.

Este último, de importância vital, tem a sua gênese no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o qual traz a seguinte previsão:

“LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 39ª Ed., 2013): “O conceito de processo administrativo tributário compreende todos os procedimentos fiscais próprios, ou seja, a atividade de controle (processo de lançamento e de consulta), de outorga (processo de isenção) e de punição (processos por infração fiscal), além dos processos impróprios, que são as simples autuações de expedientes que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do Fisco”.

A autoridade julgadora tem o dever de analisar as provas apresentadas pelo contribuinte quando da apresentação da defesa. Deixar de lado provas lícitas no momento da decisão é deixar de lado as garantias de defesa, se tornando o Processo Fiscal em um verdadeiro processo inquisitorial, pois concretamente estará nas mãos da autoridade julgadora, simultaneamente, as funções de acusador e defensor, tendo em vista que de nada adiantará o sujeito passivo apresentar provas que não serão levadas em conta no processo.

O que se busca no Processo Administrativo Fiscal é a verdade material, devendo ser analisadas todas as provas e fatos trazidos pelo sujeito passivo, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, desde que sejam provas lícitas, como no presente caso.

O princípio da livre convicção do julgador está previsto no ordenamento jurídico-tributário, e por ele a valoração dos fatos e circunstâncias constantes dos autos é feita livremente, pelo julgador, não havendo vinculação a critérios prefixados de hierarquia de provas, ou seja, não há preceito legal que determine quais as provas devem ter maior ou menor peso no julgamento.

Importante associar-se o livre convencimento do julgador e as regras probatórias, sendo a regra básica de que todos os tipos de provas são permitidos e praticados desde que admitidos em lei e moralmente legítimos. De certa forma, a prova no direito brasileiro, e no ordenamento tributário, é aberta, desde que válida diante do fato que no processo existirão sempre três verdades: a descrita no lançamento pela autoridade fiscal; a verdade descrita na impugnação do contribuinte; e a verdade do julgador, a qual há de prevalecer e para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

Assim, diante das provas trazidas ao feito, cabe a análise das mesmas pelo julgador, conforme visto acima. Observo que a autuante elaborou demonstrativo no qual discriminou como obteve a base de cálculo para chegar ao valor lançado, lançando os dados essenciais de todas as notas fiscais cujos lançamentos não foram identificados.

Feitas tais considerações, passo a analisar os argumentos e provas trazidos ao feito pela autuada.

A autuação ora apreciada objetiva a cobrança de ICMS por presunção de omissão de saídas de mercadorias, por ter sido apurada diferença entre os valores registrados pelo contribuinte como operações efetivadas mediante pagamento com cartões de crédito e de débito e as informações fornecidas pelas instituições financeiras que administram tal meio de pagamento.

Tal presunção encontra lastro legal no artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei 7.014/96, que prevê, de forma muito clara e objetiva que a existência de diferenças entre os valores informados pelas administradoras e os registros informados pelo contribuinte permite a cobrança do tributo por presunção, cabendo ao contribuinte a prova de que não houve falta de recolhimento do ICMS.

Observe-se que em relação à figura da presunção, é pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo desfeitos os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente. Assim, mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

Desta forma, se a hipótese de incidência do tributo se originar do legislador, tal fato caracteriza a presunção legal, a qual só pode ser estabelecida pela lei, sendo que neste caso, inverte-se a regra processual de que quem acusa deve provar o fato, ocorrendo, pois, a denominada inversão do ônus da prova.

Em tais casos, tal inversão se verifica quando, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, onde se ressalte que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa, pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada na norma legal, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.

Em outras palavras: a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento, o que no caso presente ocorreu, ainda que parcialmente.

Conforme já visto anteriormente, a legislação estadual do ICMS, em especial o 4º, § 4º da Lei 7.014/96, determina que se considere ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que 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, implicam em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Desta forma, o sujeito passivo trouxe em sede de defesa os argumentos e as provas que entendeu suficientes para o afastamento da acusação fiscal nela presente, os quais passo a apreciar.

Assim, na infração 01, não posso acolher os argumentos de que diferenças verificadas decorreram da cobrança de taxas de administração pelo uso dos terminais, por parte do contribuinte. Os relatórios TEF apontam como o nome já indica as operações nas quais se utilizam como modalidade de pagamento, cartões de débito e/ou crédito.

Quando dos pagamentos de compras realizadas, o cliente, usuário do cartão, insere na máquina, a qual se conecta com a administradora, e através de senha pessoal ou leitura dos dados armazenados no chip, a operadora verifica e aprova o pagamento.

Assim, tais relatórios dizem respeito apenas e tão somente a pagamentos por operações de compras. Eventuais despesas, taxas, e outros encargos devidos pela empresa às administradoras dos cartões, são lançados à parte, de forma que não integram os mesmos.

Quanto aos questionamentos do sujeito passivo de que a autuante não apontou as diferenças existentes em 2012 a qual ela diz, bem como no fato de que o demonstrativo não lhe foi apresentado para que pudesse esclarecer os fatos, da mesma forma, não posso acolher. Constam às fls. 37, 38, 39 e 40 discos de arquivos magnéticos nos quais estão inseridos os demonstrativos elaborados na autuação, devidamente entregues ao sujeito passivo, consoante intimação de fl. 46, bem como Aviso de Recebimento de fl. 47.

De relação ao fato de postular a indicação do valor de cada cartão, e até mesmo o nome do cliente, esclareço que o relatório TEF indica a data, a modalidade (débito e/ou crédito), bem como o valor e a bandeira do cartão recebido pela empresa, quando da operação de venda. Quanto ao nome do cliente, incabível tal questionamento, vez que, de acordo com o convênio firmado entre as administradoras de cartões e as Secretarias da Fazenda tal dado não se apresenta como necessário.

No tocante a erros que aponta nas informações prestadas pelas administradoras, quanto aos valores apurados nos períodos, cabe neste caso, a presunção de verdade de tais relatórios, repito, oriundos das operações firmadas entre administradoras, clientes, em relação aos quais se efetua o débito e/ou créditos dos cartões de que são portadores, e a empresa, a qual recebe os valores correspondentes às movimentações efetuadas. Soa estranho e pouco crível que inexistam controles internos para se verificar se os valores recebidos mensalmente corresponderiam aos totais de operações ocorridos e que compõem os relatórios TEF, cabendo, pois, ao contribuinte, demonstrar de for insofismável os erros que diz existirem por parte das administradoras, o que não o fez, motivo pelo qual também rejeito tal argumento.

Da mesma forma, quanto ao argumento de que parte das vendas foram efetuadas através de modalidades mistas (cartões e dinheiro, débito e crédito, etc.), sabido é que tal fato pode vir a ocorrer, todavia, deveria a empresa indicar tal fato, sobretudo nas notas fiscais emitidas, vez que nos cupons tal fato se afigura de difícil comprovação, o que também não fez a empresa, à vista dos documentos por esta colacionados ao feito a título de prova.

Quanto aos documentos igualmente juntados ao processo, que na ótica do sujeito passivo elidiriam a acusação fiscal, de igual forma, não posso acolhê-los. Primeiro pelo fato da autuante ter assegurado que todos os documentos fiscais, inclusive as notas fiscais em suas diversas séries terem sido computadas no levantamento, quando indicadas como tendo o pagamento eito por meio de cartão, e segundo, pelo fato de que os documentos apresentados, ou não apresentam tais indicações, caso, por exemplo, das notas fiscais encartadas às fls. 109, 111, 118, 142 e 143, ou apresentavam anotações em tipo e padrão de escrita diverso do constante na via carbonada, o que não se concebe, vez que tal informação deveria constar em todas as vias do documento fiscal, existindo, inclusive, a possibilidade de inserção posterior de tais dados, como se denota nas notas fiscais de fls. 117, 120, 125, 131 e 137.

Chama a atenção, por exemplo, o documento de fl. 161, no qual, apesar de apresentado em cópia, consta anotação a lápis com a seguinte observação: “cartão e dinheiro”. Além disso, foram apresentados documentos totalmente ilegíveis, a exemplo daquele inserido à fl. 176, o que torna a análise do mesmo, sequer a leitura do conteúdo, impossível. O mesmo ocorre com parte dos documentos das fls. 190 a 192, 194 e 195, dentre outros, embora reconheça o esforço da autuada em carrear aos autos as provas que possuía para a desconstituição do lançamento, o que, todavia, fica prejudicada por tais fatos. Desta forma, fica o lançamento mantido.

A infração 02 diz respeito à falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do exercício de exercício de 2012, e segundo informação constante no lançamento, no mês de dezembro, o que motivou a cominação de multa de R\$ 1.380,00.

A respeito de tal matéria, importante esclarecer que Escrituração Fiscal Digital (EFD), uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), vem a ser um arquivo digital, se constituindo de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Veio a substituir a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a autuada.

Sua instituição deu-se por meio do Convênio ICMS 143/2006 de 15 de dezembro de 2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, de 03 de abril de 2009, e Ato COTEPE 09, de 18 de abril de 2008, estando a regulamentação no Estado da Bahia, inserido nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

O arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), o qual verifica a consistência das informações prestadas, assina (certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP-Brasil) e transmite.

Ainda que determinados registros e/ou campos não contenham regras específicas de validação de conteúdo ou de obrigatoriedade, esta ausência não dispensa, em nenhuma hipótese, a não apresentação de dados existentes nos documentos e/ou de informação solicitada pelos fiscos.

Regra geral, se existir a informação, o contribuinte está obrigado a prestá-la. A omissão de informações poderá acarretar penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária Estadual.

A escrituração prevista na forma deste convênio substituiu a escrituração e impressão dos seguintes livros: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Inventário; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Apuração do ICMS; documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; e Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Considera-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, sendo a periodicidade de apresentação mensal e o arquivo deverá ser enviado no prazo definido em regulamento.

Por outro lado, o artigo 42 da Lei 7.014/96 determinava a aplicação de penalidades por descumprimento das obrigações tributárias, quer principais, quer acessórias, e no seu inciso XIII-A, alínea “I”, à época dos fatos geradores das infrações, consoante redação abaixo:

“XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

l) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.”

Nesta hipótese, estaria dispensada qualquer intimação adicional ao contribuinte, vez ser esta uma obrigação nata do mesmo, qual seja, a de escriturar as suas operações, o que, entretanto aconteceu à vista do recibo de entrega da escrituração fiscal digital relativo ao mês de dezembro de 2012, constante à fl. 108, sendo a entrega realizada em 25 de janeiro de 2013, antes da ação fiscal, não tendo a autuante analisado os documentos trazidos pelo sujeito passivo que comprovariam tal fato, acostados com a defesa, o que deveria fazer. Logo, a infração se apresenta como improcedente.

Na infração 03, a acusação se baseia no fato da autuante ter constatado a falta do registro dos inventários dos exercícios de 2011 e 2012, o que, segundo ela, tornou impossível a realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, tendo a mesma base da infração anteriormente analisada.

Para correção dos arquivos, argumenta a mesma ter intimado o sujeito passivo no dia 16 de junho de 2015, de acordo com o documento de fl. 09, concedendo-lhe cinco dias úteis, como prevê a legislação, para reenvio das EFD do período de 2011 e 2012, e passado o prazo, o contribuinte não efetuou as necessárias correções até o final da fiscalização.

A tese defensiva é exatamente no sentido contrário, qual seja a de que não foi intimado para regularização, e que não deixou de apresentar de forma completa a escrituração fiscal digital, invocando a aplicação da Instrução Normativa 55/2014.

Com efeito, tal Instrução Normativa, datada de 22 de outubro de 2014, com publicação no Diário Oficial do Estado no dia subsequente, aborda e orienta a fiscalização quanto aos procedimentos a serem adotados quando da imposição de multas relativas a arquivos eletrônicos previstos na Lei 7.014/96.

Assim dispõe o seu item primeiro:

“1 – A multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, no valor de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), deve ser aplicada por cada período de apuração em que o contribuinte deixou de enviar à Secretaria da Fazenda os arquivos eletrônicos nos prazos previstos no RICMS ou entregou sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado, sendo que:

1.1 - a aplicação da multa pela entrega sem a inclusão de todos os tipos de registros será precedida de intimação para, no prazo de cinco dias úteis, o contribuinte apresentar justificativas pela falta de apresentação de algum registro”;

Vê-se, pois, da necessidade de intimação do contribuinte para regularização, quando constatada a entrega incompleta dos arquivos eletrônicos, norma então vigente.

Da análise dos fólios, verifico que, efetivamente na fl. 09 consta intimação assinada pela autuante, dirigida à empresa autuada, para regularização da escrituração fiscal. Todavia tal documento não está assinado pela empresa, nem comprova ter a mesma tomado conhecimento da necessidade de apresentação dos inventários, o que a torna ineficaz para produzir qualquer efeito, motivo pelo qual não posso acolher a acusação fiscal, pela falta de tal formalização da solicitação, e assim, julgo a infração improcedente.

Desta forma, pelos argumentos apresentados, o lançamento é procedente em parte, pela manutenção apenas da infração 01, no valor originalmente lançado.

Inconformada com a decisão de Primeira Instância, a recorrente interpôs Recurso Voluntário, para contestar a infração 1, pelas razões a seguir.

Aduz que, “o contribuinte anexou à sua peça de Impugnação cópias de todos os documentos fiscais não incluídos no levantamento da Autuante, bem como elaborou planilhas contendo o número, valor, data de emissão e forma de pagamento de cada uma das notas fiscais não computadas no levantamento que deu azo à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas.”

Assim, “não obstante o incontestável valor probatório da documentação carreada aos autos pela ora Recorrente, ao prestar a sua Informação Fiscal, a Autuante alegou que, quando da análise das notas fiscais preenchidas manualmente pelo contribuinte, somente contabilizou em seu levantamento aquelas que possuíam carimbo com o texto “VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO”, recusando as demais notas fiscais onde a informação do pagamento através de

cartão foi preenchida manualmente ou não foi preenchida.”

Diz que, “*ao se debruçar sobre a matéria, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF equivocadamente acolheu o argumento trazido pela Auditora Fiscal, negando validade aos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte (regularmente escriturados em seus livros fiscais) e mantendo o lançamento correspondente à Infração 01.*” (grifos originais).

Protesta que: “*de forma ainda mais gravosa, ao proferir seu voto, o ilustre Relator adotou como fundamento questões estranhas ao debate travado nos autos, apontando supostas irregularidades nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, as quais não foram alegadas pela Autuante, tratando-se de nítida e indevida inovação em sede de julgamento.*”

Discorre que o procedimento utilizado pela autuante para o levantamento de vendas, lastreado nas notas fiscais computadas foi arbitrário, uma vez que: “*a Auditora Fiscal adotou como parâmetro para acolher ou rejeitar as notas fiscais D-1 apresentadas pelo contribuinte a mera circunstância da informação acerca da forma de pagamento ter sido preenchida no documento mediante a utilização de carimbo, escrito “VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO”, ou manualmente, com a indicação do nome da administradora do cartão.*”

Informa que inexistente qualquer tipo de exigência legal que torne o procedimento realizado inidôneo, pois, não há qualquer distinção entre a idoneidade das notas fiscais carimbadas com a informação de que a venda foi paga com cartão de crédito e das notas com registro manual da mesma informação, inclusive com a especificação da bandeira do cartão utilizado.

Igualmente, “*verifica-se que, conforme consta da decisão vergastada, o ilustre Relator, atuando como se fosse a própria Autuante, supostamente identificou irregularidades nas notas fiscais de venda apresentadas pela Recorrente, como ilegibilidade, falta de indicação da forma de pagamento ou existência de anotações em tipo e padrão de escrita diversos do constante na via carbonada.*”

Nesse ponto, vale ressaltar que durante a tramitação do processo administrativo fiscal os ditos vícios observados nos documentos fiscais apresentados pela ora Recorrente jamais foram objeto de discussão entre o contribuinte e a Autuante. Nessa toada, não há qualquer alegação, por parte da autoridade fiscalizadora, a título de exemplo, quanto à suposta ilegibilidade das notas fiscais emitidas pela RADIANTE, seja quando da lavratura do Auto de Infração, seja quando da apresentação da Informação Fiscal.”

Sendo assim, “*é inconcebível que o órgão julgador deixe de reconhecer a improcedência do Auto de Infração com base em questões que sequer chegaram a ser debatidas nos autos, uma vez que não foram veiculadas pela Autuante como óbice ao acolhimento das notas fiscais anexadas à Impugnação do contribuinte.*”

Entende que: “*é possível afirmar que a colenda Junta Julgadora extrapolou os limites da demanda posta sob sua apreciação e modificou, indevidamente, o cerne da acusação fiscal, aduzindo fundamentos novos. Houve, portanto, violação ao art. 155 do RPAF:*

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Diz que tais irregularidades são meramente técnicas e cita o art. 209, parágrafo único do RICMS/97, vigente a época, que afasta as irregularidades constantes do Acórdão recorrido.

Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

I - omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;

II - não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o

prazo de validade nele indicado;

IV - conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;

V - não se referir a uma efetiva operação ou prestação, salvo nos casos previstos neste Regulamento;

VI - embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;

VII - for emitido por contribuinte: a) fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades; b) no período em que se encontrar com sua inscrição desabilitada no CAD-ICMS;

Nota: A redação atual da alínea "b", do inciso VII do caput do art. 209 foi dada pela Alteração nº 65 (Decreto nº 9545, de 09/09/05, DOE de 10 e 11/09/05).

Redação originária, efeitos até 09/09/05: "b) no período em que se encontrar com sua inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada."

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I, III e IV, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine.

Assevera que a simples falta de carimbo, havendo o registro manual de venda com pagamento em cartão, ou mesmo na ausência deste, não torna as notas fiscais emitidas pela empresa inidôneas à comprovação da operação, notadamente quando há identidade de valores e datas, bem como existe o devido registro nos livros fiscais do contribuinte.

Logo, não há que se falar em inidoneidade dos documentos fiscais apresentados pela ora Recorrente, seja porque inexiste diferença entre o preenchimento manual da informação acerca do pagamento e a utilização de carimbo, seja porque os demais vícios mencionados pela Autuante e pelo Relator, inclusive a falta de informação nas notas fiscais, não as tornam imprestáveis para o fim a que se destinam.

Desta forma, requer diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja apurado se as notas fiscais que acompanham a Impugnação desta Recorrente possuem datas, valores e indicações da bandeira do cartão idênticas àquelas constantes dos Relatórios TEF enviados por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Afirma que a diligência é essencial ao deslinde do feito, na medida em que o levantamento feito pelo Auditor Fiscal revisor permitirá a comprovação de que os documentos fiscais trazidos aos autos pelo contribuinte são aptos a identificar as vendas informadas nos Relatórios TEF, razão pela qual deveriam ter sido computadas pela Autuante durante a fiscalização.

Ao final, requer “*que seja recebido o presente recurso, para que, processado na forma da lei, seja deferida a diligência pleiteada, bem como seja dado provimento ao pleito recursal, reformando a decisão de primeira instância para reconhecer a total improcedência da Infração 01 do Auto de Infração, com base nos seguintes fundamentos:*

a) impossibilidade de arguição, pela Junta de Julgamento, de vícios não apontados pela Autuante em sua acusação fiscal e, conseqüentemente, não enfrentados pelo contribuinte, os quais foram utilizados pelo órgão julgador para manter o lançamento;

b) impossibilidade de distinção entre notas fiscais apenas pelo fato da informação quanto ao pagamento em cartão ter sido registrada com carimbo ou manualmente, tratando-se de critério arbitrário e desprovido de substrato legal;

c) impossibilidade de descon sideração, no levantamento realizado pela Auditora Fiscal, das notas fiscais série D-1 emitidas pelo contribuinte e anexadas à peça de Impugnação, as quais são idôneas, nos termos do art. 209, parágrafo único, do RICMS/97, afastando-se, assim, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas.”

Em mesa de julgamento, no dia 20/04/2017, o PAF foi baixado em diligência à ASTEC para analisar os documentos apresentados pelo contribuinte, e elaborar demonstrativo excluindo da acusação fiscal, aquelas operações em que houver coincidência entre datas e valores informados no Relatório TEF e respectivos documentos fiscais.

Em 26/07/2017, a Recorrente se manifesta em resposta a intimação da ASTEC, nos seguintes termos:

1. *O contribuinte não possui cópias dos Relatórios TEF (especialmente o de 2012), os quais, segundo acórdão da 4ª JF, estão no CD de fls. 37 a 39 dos autos;*
2. *As cópias das notas fiscais relativas aos exercícios de 2010 e 2011, bem como os respectivos demonstrativos, já foram anexados à impugnação da empresa;*
3. *Não é possível a apresentação das notas fiscais referentes ao exercício de 2012 sem que o contribuinte tenha conhecimento das operações que foram lançadas no Relatório TEF daquele ano, o qual não foi entregue ao contribuinte quando da lavratura do Auto de Infração, conforme já esclarecido anteriormente.*

Por fim, requer que seja apurado pela INFAZ Varejo, quais documentos listados na Intimação Fiscal encontram-se nos autos do presente processo administrativo e quais devem ser efetivamente entregues pelo contribuinte. Em seguida pugna-lhe seja reaberto o prazo para obtenção e apresentação da documentação complementar.

Em 31/07/2017, foi exarado Parecer ASTEC 55/2017 (fls. 250/253), que após ajustes realizados no levantamento fiscal, foi elaborado novo demonstrativo de débito com as diferenças remanescentes.

A Recorrente, após o resultado da diligência apresenta nova manifestação fiscal em 22/09/2017.

Aduz que, em referencia ao período de 2010 e 2011, a exclusão de apenas as notas que possuem valores, datas e indicações de bandeira de cartão idênticas aos lançamentos constantes dos Relatórios TEF apresentados pelas administradoras de cartões não pode ser adotadas como critério único válido para que se determinem quais documentos fiscais serão contabilizados para fins de abatimento do saldo devedor da infração 1, e quais serão desconsiderados.

Isto porque há diversas operações de vendas realizadas por esta Recorrente cujo pagamento do valor integral da mercadoria não é realizado de uma só vez, por meio do cartão de crédito, no ato da compra. Por esta razão, em tais situações não haverá, nos Relatórios TEF emitidos pelas administradoras de cartões e instituições financeiras, o registro de um pagamento no exato valor da nota fiscal emitida pelo contribuinte.

Nesta toada, devido a uma série de práticas comerciais comuns no mercado, adotadas pelas empresas para melhor atender às necessidades do consumidor, muitas vezes o pagamento da mercadoria fracionado, tendo em vista a utilização de mais de um cartão, de formas de pagamento diferentes (espécie, débito ou crédito), por exemplo.

Desta forma, entende que no seu caso devem ser abatidos da infração 1 os valores de todas as notas fiscais juntadas pela Recorrente em sede de impugnação.

Em relação ao período de 2012, reitera sua manifestação de 26/07/2017, informando que não recebeu, quando da lavratura do Auto de Infração, os Relatórios TEF do referido ano.

Informa que após o deferimento da diligência o contribuinte não teve acesso aos autos, tampouco aos mencionados discos de arquivos magnéticos, esta Peticionante solicitou que a ASTEC indicasse as operações que foram lançadas no Relatório TEF do exercício de 2012.

Afirma que o referido órgão deixou de responder seu pleito tendo alegado em seu parecer que a Recorrente nada apresentou ou comprovou.

Assim, diante da ausência de esclarecimentos por parte da ASTEC acerca dos lançamentos constantes do Relatório TEF que deveriam ser comprovados pelo contribuinte, referentes ao exercício de 2012, esta Peticionante pede vênias para juntar aos autos, no presente momento, planilha resumo (DOC. 01), acompanhada de cópias de todas as notas fiscais emitidas pela empresa naquele ano (DOC. 02), relativas a operações de venda com pagamento realizado mediante cartão, para que sejam examinadas pela autoridade fiscal e excluídas do computo da suposta omissão de saídas no referido exercício.

Requer a Manifestante, em relação aos exercícios de 2010 e 2011, que sejam abatidas do Auto de Infração, todas as notas fiscais que acompanham a impugnação do contribuinte, haja vista estarem relacionadas a operações de venda de mercadorias com pagamento em cartão, mesmo que os seus valores não sejam idênticos àqueles lançados nos Relatórios TEF.

Pugne ainda, no que diz respeito ao exercício de 2012, que em respeito à verdade material, sejam acolhidas por esta Câmara de Julgamento todas as notas fiscais anexadas a este petitório, a fim de que os seus respectivos valores sejam abatidos da infração 1, culminando na improcedência da autuação fiscal.

Em 22/01/2018, o PAF foi baixado em nova diligência à ASTEC para:

- a) *Analizando o recurso e os documentos apresentados pelo contribuinte, elabore demonstrativo excluindo da acusação fiscal, as notas fiscais fls. (277 a 344) que possuem datas, valores e indicações de bandeira do cartão idênticas àquelas constantes dos Relatórios TEF enviados por instituições financeiras e administradoras de cartões.*
- b) *Após, intime o Contribuinte para se manifestar sobre o resultado da diligência no prazo de 10 (dez) dias.*
Ato contínuo, retornem os autos para este relator.

Em 28/02/2018, foi exarado Parecer ASTEC 10/2018 (fls. 358 a 359), que após ajustes realizados no levantamento fiscal, foi elaborado novo demonstrativo de débito para infração 1 onde o valor foi reduzido para R\$15.558,43.

A Recorrente, após o resultado da diligência apresenta nova manifestação fiscal (fls. 364 a 366) em 20/03/2018, onde repete seus argumentos defensivos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, referente a infração 1, contra Decisão proferida por meio do Acórdão 4ª JJF nº 0197-04/16, que julgou procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/06/2015 para exigir crédito tributário no montante de R\$28.704,79.

No Auto de Infração foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração das infrações, objeto do presente Recurso de Voluntário.

Em sua tese defensiva a Recorrente pede que seja deferida diligência para melhor deslinde da questão em tela.

Por tratar de matéria eminentemente técnica e de apresentação de provas esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal baixou o PAF em duas diligências, onde os valores foram ajustados gerando novos demonstrativos de débitos, consoante os Pareceres ASTEC de números: 55/2017 (fls. 250/253) e 10/2018 (fls. 358 a 359).

A Recorrente em sua tese recursal entende que devem ser abatidas todas as notas fiscais D-1 colacionadas aos cadernos processuais, independente de guardarem semelhanças com os valores informados nos relatórios TEF informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras, em virtude de ser *impossível a distinção entre notas fiscais apenas pelo fato da*

informação quanto ao pagamento em cartão ter sido registrada com carimbo ou manualmente, tratando-se de critério arbitrário e desprovido de substrato legal; e pelo fato da impossibilidade de desconsideração, no levantamento realizado pela Auditora Fiscal, das notas fiscais série D-1 emitidas pelo contribuinte e anexadas à peça de Impugnação, as quais são idôneas, nos termos do art. 209, parágrafo único, do RICMS/97, afastando-se, assim, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Em relação a arguição de impossibilidade de distinção entre notas fiscais apenas pelo fato da informação quanto ao pagamento em cartão ter sido registrada com carimbo ou manualmente, entendo que tal argumento foi devidamente sanado nas diligências realizadas, e os valores comprovados pela Recorrente foram retirados da exação fiscal e foi gerado novo demonstrativo de débito livre destas inconsistências.

Em relação a arguição da impossibilidade de desconsideração, no levantamento realizado pela Auditora Fiscal, das notas fiscais série D-1 emitidas pelo contribuinte e anexadas à peça de Impugnação, as quais são idôneas, nos termos do art. 209, parágrafo único, do RICMS/97, afastando-se, assim, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, entendo que não deva prosperar pois para aferição dos valores efetivamente cobrados via cartões de débito/crédito serão necessários que os valores constantes das notas fiscais D-1 possuam datas, valores e indicações de bandeira do cartão idênticas às constantes dos Relatórios TEF enviados por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Assim, acolho o Parecer ASTEC 10/2018 (fls. 358 a 359), exarado em 28/02/2018, que após ajustes realizados no levantamento fiscal, que elaborou novo demonstrativo de débito para infração 1 onde o valor desta foi reduzido para R\$15.558,43.

Desta forma dou PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário e julgo parcialmente subsistente a infração 1, restando um saldo a pagar de R\$15.558,43, conforme demonstrativo de débito constantes às fls. 359 do presente PAF.

Cabe ressaltar que caso a Recorrente venha a obter documentos que comprovem as suas alegações recursais, poderá recorrer a PGE/PROFIS através do controle da legalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário, reformando a Decisão recorrida e julgando **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207158.0006/15-8**, lavrado contra **RADIANTE MÓVEIS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.558,43**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III na Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS