

PROCESSO - A. I. N° 298627.0005/12-4
RECORRENTE - FAST SHOP S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0062-05/13-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEO COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/10/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0386-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Autuante demonstrou que nem todas as aquisições de mercadorias foram tributadas nas respectivas saídas. Também não foi apresentado cálculo pelo Autuado que pudesse comprovar que as saídas com débito de imposto das supracitadas mercadorias, tenham compensado todo o imposto creditado indevidamente. Retificada a multa sem alteração do seu percentual. Infração mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO ICMS A MENOS. **a)** OPERAÇÕES EFETUADAS COM EMISSÃO DE CUPONS FISCAIS; **b)** OPERAÇÕES EFETUADAS COM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. A autuação decorreu do tratamento tributário dispensado a algumas mercadorias que possuem regime normal de tributação, e que tiveram saídas com alíquota reduzida ou alíquota ZERO. O aparelho NEXTEL MOTOROLA é um deles, com NCM 8517.12.21, de fato não está incluído no rol dos aparelhos celulares sujeitos à substituição tributária. Quanto aos porta-retratos digitais, tais aparelhos estão inclusos no Anexo 5-A do RICMS/97. Infração 2 parcialmente subsistente e Infração 3 não elidida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Não logrou o Autuado a comprovação de que cumpriu as formalidades previstas no Regulamento, qual seja, autorização do Diretor da DAT METRO, para usufruir da redução de base de cálculo nas operações. O parecer da DITRI nº 7.772/2007, transcrito parcialmente, que dispõe sobre a outorga de isenção e a interpretação literal da legislação tributária, diz que os tablets e as operações internas com tais equipamentos não são alcançadas pela redução da carga tributária. Quanto aos porta-retratos digitais, tais aparelhos estão inclusos no Anexo 5-A do RICMS/97. Infração parcialmente mantida. 4. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O Autuado traz justificativas de que efetua a venda por um estabelecimento e que a entrega é feito por outro, apresentando documentos internos de pedidos de uma loja para outra, com a nota fiscal de entrega de

mercadorias efetuada pela empresa solicitada. Não trouxe, o Autuado, prova de que houve pelo menos uma perfeita correspondência entre os valores do Relatório TEF da inscrição que foi autuada e os cupons fiscais emitidas pela outra filial. **Infração mantida.** **5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO; b) DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Acusações mantidas.** **6. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas; b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Acusações mantidas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2012, no valor de R\$ 1.091.214,27, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de setembro a dezembro de 2010 e janeiro a agosto de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 42.461,65, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, envolvendo operações com ECF, nos meses de dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 86.263,27, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, envolvendo operações com NF, nos meses de dezembro de 2010 e março a setembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.099,31, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 03.02.06: Recolheu a menor ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2010 e janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 42.625,43, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 05.08.01: Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2010 e 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 870.653,54, acrescido das multas de 70% em 2010 e 100% em 2011, previstas no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2010 e janeiro, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 17.830,99, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto de 2010 e junho e agosto de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.447,36, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro fiscal, nos meses de novembro de 2010 e abril e junho de 2011, sendo aplicada multa no valor de R\$

10.825,13, correspondente a 10% das entradas não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2010, sendo aplicada multa no valor de R\$ 7,59, correspondente a 1% das entradas não registradas, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão JJF nº 0062-05/13 (fls. 554 a 564), com base no voto a seguir transcrito:

“Constato inicialmente que o auto de infração foi lavrado em cumprimento às formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização, sem vício de formalidade, e sendo cumprido o devido processo legal, e respeitada a ampla defesa e o contraditório. Quanto ao pedido de diligência, considero estar presente todo o elemento necessário ao julgamento, tendo as provas aqui produzidas, clareza suficiente para formação de juízo de valor, e assim passo ao julgamento de mérito.

A impugnante reconhece a procedência das infrações de 6 a 9, afirmando ter efetuado o pagamento, e contesta as infrações de 1 a 5, que serão apreciadas neste voto.

Na infração 1, o impugnante confessa que embora tenha se creditado de mercadorias com ICMS retido por substituição tributária, também efetuou as respectivas vendas das mesmas mercadorias, com débito de imposto, e que por esta razão houve uma compensação de crédito/débito e que não causou qualquer prejuízo ao erário, mas o autuante tenha demonstrado às fls. 524/525, que nem todas as mercadorias que foram lançadas com crédito indevido, foram tributadas na saída; também não foi apresentado cálculo pelo impugnante que pudesse comprovar que as saídas com débito de imposto das supracitadas mercadorias tenham compensado todo o imposto creditado indevidamente.

Pelo exposto, entendo que não houve comprovação de que tenha havido compensação do crédito indevido, com ausência de prejuízo ao erário, como pretende o impugnante. Infração 01 mantida.

As infrações 2 e 3 possuem mesma natureza, erro na aplicação de alíquota, visto que o autuante separou a infração cometida nas vendas por emissão de cupom fiscal, daquelas feitas mediante nota fiscal de venda a consumidor. Os demonstrativos da infração 2 são os anexos 3-A e 4-A, e o da infração 3, anexos 3-B e 4-B às fls. 26/36.

Assim, para efeito de julgamento, ambas serão agrupadas. Aqui a autuação decorreu do tratamento tributário dispensado a algumas mercadorias que não estão na substituição tributária e possuem regime normal de tributação, e que tiveram saídas com alíquota reduzida ou com alíquota ZERO. Conforme se verifica nos demonstrativos de fls. 28, o aparelho NEXTEL MOTOROLA é um deles, com NCM, 8171221, de fato não está incluído no rol dos aparelhos celulares sujeitos à substituição tributária, conforme simples consulta ao art. 353, II, 5 do RICMS/BA (item 35 - aparelhos de telefonia celular – NCM 8517.12.13, 8517.12.19 e 8517.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard) - NCM 8523.52.00), e a impugnante inclusive demonstra ter conhecimento do fato, quando tributou normalmente algumas operações conforme prova às fls. 529, a exemplo da Nota Fiscal 26.914 de 21/10/2010, tributada à alíquota de 17%, com ICMS destacado de R\$ 59,88. Há também alguns poucos produtos onde por equívoco assumido pela própria impugnante a saída tributada com alíquota errada, a exemplo de uma máquina de lavar vendida em 01/12/2010 com alíquota de 0,00%, em vez da alíquota de 17%. Infrações 02 e 03 não elididas.

A infração 4, refere-se à redução indevida de base de cálculo, conforme demonstrativos Anexo 5 e 6 de fls. 39/52, de alguns produtos de informática, notadamente aparelhos de telefonia celular, porta retratos e tablets, como Ipad e Galaxy.

Quanto ao alegado direito à redução de base de cálculo dos telefones celulares, feito pelo impugnante, vejamos o que diz o Art. 87 do RICMS.

É reduzida a base de cálculo:

XXIV - das operações internas com aparelhos celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), observado o disposto no § 11;

§ 11. A redução prevista nos incisos XXIV e XXV dependerá de autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte e não será concedida àqueles que se encontrem com débito inscrito em dívida ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa.

Não logrou a impugnante a comprovação de que cumpriu as formalidades previstas no Regulamento, qual seja autorização do Diretor da DAT METRO, para usufruir da redução de base de cálculo nas operações com telefones celulares, havendo apenas a alegação do direito sem a devida comprovação de que faz jus ao benefício, mediante autorização da autoridade fazendária.

No que diz respeito aos produtos conhecidos como Tablet (Ipad, Galaxy, etc) vejamos o que diz o texto legal do art. 87 do RICMS/BA 97 vigente à época:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Nota: A redação atual do inciso XLIV do art. 87 foi dada pela Alteração nº 149 (Decreto nº 13407, de 01/11/10), DOE de 02/11/11), efeitos a partir de 01/11/11.

Redação anterior dada ao inciso XLIV do art. 87 pela Alteração nº 118 (Decreto nº 11481, de 08/04/09. DOE de 09/04/09), efeitos de 01/04/09 a 31/10/11:

“XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%(doze por cento);”

O parecer da DITRI 7.772/2007 transcrito parcialmente nas fls. 533/535, em consonância com o disposto no art. 111 do CTN, que dispõe sobre a outorga de isenção e a interpretação literal da legislação tributária, diz que os tablets, embora se assemelhem a um computador por conta de funcionalidades que possuem em comum, não se iguala, e a conclusão é no sentido de que as operações internas com tais equipamentos não são alcançadas pela redução da carga tributária. Quanto aos demais itens que foram incluídos no lançamento da infração 5, como porta-retratos digitais, o impugnante considera que se trata de monitores classificados na NCM 8528.5 com autorização legal para redução da base de cálculo, mas da mesma maneira que os tablets, entendendo que tais aparelhos não podem ser igualados aos monitores utilizados em computadores, porque possuem características próprias, inclusive com objetivo meramente decorativo, não estando, portanto, inclusos no Anexo 5-A do RICMS. Infração 04 mantida.

Na infração 5, o impugnante traz justificativas de que efetua a venda por um estabelecimento e que a entrega é feito por outro, apresentando documentos internos de pedidos de uma loja para outra, e a nota fiscal de entrega de mercadorias efetuada pela empresa solicitada. Tal procedimento contraria os princípios contábeis como o da objetividade e o da consistência, visto que os registros contábeis deverão ter suporte em documentação geradas nas transações de forma a possibilitar a sua avaliação, nem tampouco devem ser mudados os critérios das suas operações, uma vez que o faturamento parcial de uma loja com venda executada por outro, traz embargos, principalmente quando se trata de movimentação elevada. Além disso, o Regulamento de ICMS não traz previsão legal para a venda ser feita por um contribuinte e a emissão de nota fiscal por outra, uma vez que para efeitos fiscais, as filiais de uma mesma empresa são contribuintes com inscrições estaduais diferentes e devem manter escrituração fiscal e contábil também separadas.

Tais operações, se necessárias deveriam ser feitas mediante transferência documental de uma loja para outra, e a emissão do documento fiscal ser efetuado por quem de fato comercializou.

No entanto, pelo princípio da verdade material, poderia a impugnante elidir a infração, se de fato comprovasse que cada uma das operações relacionadas no relatório TEF, tivesse perfeita correspondência com os valores e datas dos documentos fiscais, além disso, como a outra loja também provavelmente comercializa mercadorias com vendas por meio de cartão de crédito, deveria se fazer consolidação das vendas em cartão das duas lojas, visto que é perfeitamente possível que haja vendas no mesmo dia, de mesmas mercadorias e de mesmo valor. Não trouxe a impugnante, sequer prova de que houve pelo menos uma perfeita correspondência entre os valores do relatório TEF e os cupons fiscais emitidas pela outra filial. Além disso, a empresa foi autuada diversas vezes pelos mesmos motivos, inclusive as duas lojas, do Shopping Iguatemi e do Shopping Salvador foram autuadas simultaneamente pela mesma razão, com reconhecimento e pagamento da infração, conforme atestam os julgamentos prejudicados pela extinção da lide por motivo de pagamento: 2ª JJF A-0271-02.10, 2ª CJF 0275-12.10, 1ª CJF 0242-11.10.

Além disso, a legislação inclui todos os encargos das operações de venda, inclusive os encargos financeiros por conta do parcelamento que devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, de acordo com o dispositivo legal da lei 7.014/96, in verbis:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Assim, mantenho integralmente a infração, incluindo-se os valores das vendas em cartão de crédito que incluem encargos financeiros por conta de vendas parceladas. Infração 5 mantida.

Com relação ao pedido de dispensa da redução de multa pelo descumprimento da obrigação principal, vejamos o que diz o art. 159 do RPAF:

Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Logo, não tem esta Junta, competência legal para apreciar tal pedido. Quanto à solicitação de que as intimações sejam dirigidas ao defensor da impugnante, diz o art. 109 do citado Regulamento:

Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Assim, considero que se a intimação é feita diretamente ao sujeito passivo, mas sem o atendimento do pedido de que seja feita diretamente ao defensor constituído, a intimação terá os mesmo efeitos, pois estará perfeitamente amparada pela legislação em vigor.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 578 a 617), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual informou ter efetuado o recolhimento dos valores exigidos nas Infrações 06, 07, 08 e 09, com a redução da penalidade e correção monetária, e que não devem prevalecer as demais Infrações 01 a 05, pois sempre cumpriu com suas obrigações fiscais.

Em relação à Infração 01, explicou que, por erro em seu sistema de parametrização, utilizou o crédito fiscal relativo a algumas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mas que não houve falta de recolhimento do imposto, já que as tributou no momento da realização das suas vendas, apurando um débito superior ao crédito fiscal tomado, .

Disse que as notas fiscais mencionadas na Informação Fiscal, e que fundamentaram a Decisão recorrida, não foram as mesmas arroladas na autuação, se referindo a saídas ocorridas entre maio de 2010 e novembro de 2011, sem conexão adequada com os fatos apurados, padecendo de evidente nulidade, e que a 5ª JF, caso entendesse que as provas juntadas eram insuficientes, deveria ter lhe intimado a apresentar os documentos que ampararam as suas saídas tributadas.

Pediu o cancelamento ou a redução do percentual da multa, nos expressos termos do § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Lecionou que as Infrações 02 e 04 foram ocasionadas pelo não reconhecimento das reduções de base de cálculo de determinadas mercadorias e que a Infração 03 trata da aplicação de alíquota zero sobre aparelhos celulares, os quais estão sujeitos ao regime de substituição tributária, recolhido pelo fabricante, sendo que grande parte dos aparelhos da marca NEXTEL MOTOROLA são classificados na posição NCM nº 8517.12.19 e 8517.12.31.

Aduziu que cumpriu os requisitos formais, previstos no § 11, do Art. 87 do RICMS/97, a inexistência de débito inscrito em dívida ativa, para ter direito à redução de base de cálculo do inciso XXIV do mesmo artigo, apenas descumprindo o mero requisito formal da ausência de autorização do Diretor de Administração Tributária da sua região fiscal, facilmente supérvel, sob pena de vívio à isonomia entre contribuintes.

Alegou que ainda que não se reconheça a inexigibilidade do ICMS sobre a saída de aparelhos celulares, impõe-se a redução do valor da exigência para a aplicação da alíquota efetiva de 12%.

Lecionou que as mercadorias relacionadas na autuação são periféricos e equipamentos citados no Anexo 5-A do RICMS/97, e itens como “*porta retratos digitais*”, considerados, em linguagem técnica, indubitavelmente, monitores ou, no máximo, monitores acompanhados de núcleo processador de dados, ambos mencionados no Anexo 5-A do RICMS/97, posições NCM 8528.5 ou 8471, bem como os chamados “*tablets*”, que possuem expressa aplicabilidade do benefício fiscal até 31/10/2011, quando foram excluídos pela nova redação do Anexo 5-A do RICMS/97.

Afirmou que o Autuante ora aplica a alíquota de 17% sobre os referidos equipamentos de informática, incluindo “*tablets*”, ora aplica a alíquota efetiva de 12% (fl. 09 do Anexo 4-A do Auto de Infração), não havendo dúvidas sobre a necessidade de cancelamento integral das Infrações 02, 03 e 04.

Argumentou que a divergência apontada na Infração 05 não decorre de omissão de saídas, mas da sua regular logística operacional, sendo comum que as mercadorias negociadas tivessem a saída

para consumidor escriturada por outro estabelecimento, a filial TANCREDO NEVES – centro de distribuição, que efetuava a entrega do bem ou a sua retirada pelo cliente, por ter um estoque muito maior de mercadorias.

Defendeu que não há nos autos nenhuma prova de que o seu centro de distribuição, filial TANCREDO NEVES, tenha realizado qualquer omissão de receitas tributáveis no período ora debatido, como afirmou o Autuante, sendo impossível alegar que o ICMS exigido nesta autuação não tenha sido, de fato, recolhido, tendo obedecido a legislação, que é expressa no sentido de que a nota fiscal deve acompanhar a mercadoria.

Sustentou que o levantamento fiscal realizado unicamente a partir das informações prestadas por terceiros, as operadoras de cartão de crédito, deveria ter sido levado em conta apenas como prova indiciária, que deveria ter sido complementada por outros elementos concretos para a comprovação da infração, e como tal apuração não ocorreu, a simples presunção aplicada sem a prova da real omissão de receitas, demonstra a nulidade do procedimento realizado.

Requeru:

- a) em relação à Infração 01, o integral cancelamento do lançamento e, subsidiariamente, na eventual manutenção da glosa dos créditos apropriados, a subtração dos valores recolhidos a maior em razão da tributação da saída das mercadorias, sob pena de bitributação, bem como a redução ou o cancelamento da multa aplicada, nos termos do § 7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96;
- b) no tocante às Infrações 02, 03 e 04, o cancelamento integral da autuação e, subsidiariamente, caso não se entenda que os aparelhos de telefonia celular estavam sujeitos ao regime da substituição tributária, a redução da cobrança, com base no benefício fiscal previsto no inciso XXIV do Art. 87 do RICMS/97, ou seja, carga tributária efetiva de 12%;
- c) que seja declarada a suspensão do prazo para eventual pedido administrativo de restituição do ICMS recolhido a maior sobre as operações objeto das Infrações 01 a 04, por haver relação de prejudicialidade entre este pleito e a presente demanda;
- d) quanto à Infração 05, o cancelamento integral da autuação e, subsidiariamente, no eventual entendimento pela manutenção da cobrança, o retorno dos presentes autos à JJF, de modo que seja reaberto o prazo para juntada de documentos, sob pena de clara ofensa aos princípios norteadores do processo administrativo tributário;
- e) ainda no que tange à Infração 05, caso este CONSEF entenda que os argumentos trazidos pelo Autuante, de que as outras autuações semelhantes ao caso são relevantes para a demonstração da existência do débito exigido, o que nega em razão da demonstrada ausência de correspondência entre os períodos analisados, que seja determinado o sobrestamento do presente processo administrativo, de modo a aguardar o julgamento da Ação Anulatória nº 0307545-79.2013.8.05.0001, em trâmite na 10ª Vara da Fazenda da Comarca de Salvador, que visa ao cancelamento da autuação mencionada;
- f) provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, notadamente a realização de sustentação oral, apresentação de memoriais e juntada de novas provas.

A PGE/PROFIS opinou pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, especificando que não há motivo ou respaldo legal do pedido para sobrestamento do PAF e que a Infração 04 é procedente, porquanto o Autuado não poderia estender a redução de base de cálculo aos “tablets” (fls. 673 a 678).

A 2ª CJF decidiu prover parcialmente o Recurso Voluntário, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração, por unanimidade, reduzindo as Infrações 02 e 04 para os valores respectivos de R\$ 86.209,27 e R\$ 40.356,03, e tornando nula a Infração 05, mediante o Acórdão CJF nº 0315-12/14 (fls. 691 a 710), com base no voto a seguir transcrito:

“O presente Recurso Voluntário foi interposto em relação às infrações 1, 2, 3, 4 e 5, as quais foram julgadas procedentes pelo órgão da primeira instância deste CONSEF.

Inicialmente, deixo de acatar o pedido de sobrestamento do feito, em concordância com o parecer da PGE/PROFIS, porquanto a ação judicial interposta pelo contribuinte tem objeto diverso do que está sendo analisado neste lançamento de ofício.

Também não há como acolher a solicitação de suspensão do prazo para eventual pedido de restituição do ICMS porventura recolhido a maior (infrações 2, 3 e 4), porque este Colegiado não possui competência para tal mister. Ademais, não restou demonstrada a alegada relação de prejudicialidade entre esta lide e um pedido de restituição que sequer foi apresentado à Administração Tributária.

Rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Na infração 1 o ICMS foi lançado por recolhimento a menos em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias (aparelhos celulares e smartphones) adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de setembro de 2010 a agosto de 2011.

O recorrente requereu a nulidade da decisão recorrida ao argumento de que a Junta de Julgamento Fiscal deveria ter determinado a realização de diligência para que apresentasse “todos os documentos que amparam as respectivas saídas tributadas”. Não acato tal pedido, pois a apreciação de pedido de diligência encontra-se entre as atribuições previstas legalmente para o órgão julgador, não podendo, a eventual denegação, ser motivo para a nulidade da decisão recorrida, desde que devidamente fundamentada, como é o caso dos autos.

O autuado também suscitou a nulidade da decisão de primeiro grau, sob a alegação de que o órgão julgador de piso teria se baseado em uma simples planilha elaborada pelo autuante (fls. 524/525), sem a juntada de documentação comprobatória e referente a fatos ocorridos em meses alheios a este lançamento de ofício.

Verifico pela análise dos autos, que o autuante apresentou relações de documentos fiscais com o intuito de demonstrar que, ao contrário do que foi dito pelo impugnante, diversos aparelhos celulares e smartphones foram vendidos sem a tributação pelo imposto estadual e, efetivamente, foram indicadas, no demonstrativo, operações de saídas das mercadorias listadas na infração 1 em meses objeto da autuação (setembro e outubro de 2010) e em outros períodos estranhos à ação fiscal.

Não obstante tal fato, entendo que os demonstrativos apresentados pelo preposto fiscal representam apenas uma amostragem, que seria, inclusive, desnecessária, tendo em vista que caberia ao contribuinte apresentar as provas de suas alegações, isto é, de que todas as mercadorias relacionadas neste lançamento foram devidamente tributadas na saída, incumbindo ao Fisco apenas provar a acusação fiscal, isto é, que o contribuinte teria feito uso indevido de crédito fiscal em operações de entradas com mercadorias enquadradas na substituição tributária. Sendo assim, rejeito a nulidade da decisão recorrida suscitada no apelo recursal.

No mérito, o recorrente alegou que efetuou as saídas das mercadorias com a tributação normal e, por isso, não teria havido prejuízo ao Erário, trazendo, no bojo de sua peça recursal, o exemplo de uma nota fiscal para demonstrar o fato alegado.

Contudo, considero que a infração restou comprovada mediante a apresentação das planilhas de fls. 17 a 25 dos autos e o autuado não se desincumbiu da tarefa de demonstrar cabalmente que todas as mercadorias elencadas nesta autuação foram efetivamente tributadas nas operações de saídas, razão pela qual não há que se falar em consideração do ICMS eventualmente debitado nas operações de saídas de mercadorias objeto desta autuação. Mantida, portanto, a decisão recorrida.

Ademais, não pode ser apreciado o pedido de redução ou cancelamento da multa, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, considerando que foi aplicada a penalidade de 60% por descumprimento de obrigação principal e não acessória. Neste caso, compete exclusivamente à Câmara Superior do CONSEF o deferimento ou não de tal solicitação, de acordo com o artigo 159 do RPAF/99, mediante pedido específico e atendidos os requisitos regulamentares.

Observe, por oportuno, que a autoridade fazendária, equivocadamente, capitulou a penalidade da infração 1 no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, quando deveria ter indicado o artigo 42, inciso II, alínea “f”, da citada Lei, como abaixo reproduzido:

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

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Há de se ressaltar, todavia, que o erro na indicação da multa não é motivo para declaração de nulidade da acusação, pois cabe ao preposto fiscal apenas propor a penalidade, que pode, ou não, ser acatada pelo órgão julgador administrativo, o qual tem a prerrogativa de aplicar a multa mais adequada ao ilícito tributário apurado, consoante preceitua o artigo 142 do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

Art. 142. *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Nas infrações 2 e 3 o ICMS foi exigido em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível em diversas operações de saídas de aparelhos celulares, Ipods, Ipads e outras marcas de tablets, lavadora de roupas, kit para TV, cortador de cabelo e barba, mochilas etc., envolvendo operações de saídas por meio de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF e notas fiscais (Anexos 3A, 4A, 3B e 4B - fls. 26 a 38, e compact disk - fl. 133).

Na infração 4, o ICMS foi lançado em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo em outras operações de saídas de aparelhos celulares, cabos, adaptadores, notebooks, porta-retratos digitais, alto-falantes, microfones, Ipods, Ipads, máquina de café e outras marcas de tablets (Anexos 5 e 6 - fls. 39 a 52, e compact disk - fl. 133).

Especificamente no que se refere ao débito impugnado pelo autuado, verifico, do exame dos demonstrativos apensados às fls. 26 a 52 e do compact disk de fl. 133, entregues ao contribuinte (fl. 132), que se trata de aparelhos celulares e smartphones de diversas marcas, inclusive da marca Nextel, código NCM/SH 8517.12.21, segundo a informação do preposto fiscal.

Constato, pela leitura do artigo 353, inciso II, item 35, a seguir transcrito, que os aparelhos celulares classificados na NCM/SH sob o nº 8517.12.21 não estão inseridos no regime da substituição tributária:

Art. 353. *São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

(...)

II - *o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

(...)

35 - *aparelhos de telefonia celular – NCM 8517.12.13, 8517.12.19 e 8517.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard) - NCM 8523.52.00;*

Apesar de ter alegado que os aparelhos celulares estavam classificados na NCM/SH nºs 8517.12.19 e 8517.12.31 e, portanto, estariam enquadrados no regime da substituição tributária, o contribuinte não anexou aos autos nenhuma nota fiscal de entrada que comprovasse a sua afirmação e, ainda, de que tais equipamentos teriam sido incluídos no levantamento efetuado pelo autuante.

O contribuinte ainda argumentou que as operações internas de saídas de aparelhos celulares estariam abrangidas pelo benefício da redução de base de cálculo estabelecida no artigo 87, inciso XXIV, do RICMS/97, não havendo necessidade de autorização pelo Diretor de Administração Tributária. Vejamos a legislação:

Art. 87. *É reduzida a base de cálculo:*

(...)

XXIV - *das operações internas com aparelhos celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), observado o disposto no § 11;*

O § 11 do artigo 87 do RICMS/BA estabelece que “A redução prevista nos incisos XXIV e XXV dependerá de autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte e não será concedida àqueles que se encontrem com débito inscrito em dívida ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa”.

Não obstante o autuado ter argumentado que a falta de autorização do diretor de administração tributária configura-se apenas como um descumprimento de obrigação acessória, o fato é que o benefício fiscal é concedido mediante condição, a qual não foi atendida pelo contribuinte.

Por fim, saliento que a alíquota de 12% indicada no Anexo 4A (fl. 34), relaciona-se às operações de saídas interestaduais de aparelhos celulares, segundo a informação do autuante. Mantida, assim, a decisão recorrida no que tange aos aparelhos celulares.

O recorrente ainda alegou que as operações internas de saídas de “Porta-retrato digital” e “Tablets” se encontravam beneficiadas com a redução da base de cálculo prevista no artigo 87, inciso XXIV, do RICMS/97,

pois “porta-retratos digitais são considerados em linguagem técnica, indubitavelmente, monitores ou, no máximo, monitores acompanhados de núcleo processador de dados, ambos mencionados no anexo 5-A (posições 8528.5 ou 8471)” e “os chamados tablets (Galaxy, IPAD, etc.) estão classificados na posição 8471 da NCM, mencionada no anexo 5-A do RICMS/BA”, “sendo-lhe expressa a aplicabilidade do benefício fiscal, até o dia 31.10.2011, quando a nova redação do anexo 5-A excluiu os tablets do benefício, e passou a tratar os mesmos como outras formas de computadores e notebooks”.

Vejamos a legislação a respeito, com a redação da época dos fatos geradores:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%(doze por cento);

Somente a partir de 01/11/11 é que, com o advento do Decreto nº 13.407/10, é que o tablet foi incluído expressamente no benefício da redução de base de cálculo. Veja-se a redação do artigo 87, inciso XLIV, do RICMS/97:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Segundo o artigo 111 do Código Tributário Nacional (CTN), “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: II - outorga de isenção;”, devendo-se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já definiu que redução de base de cálculo equivale à isenção parcial.

Dessa forma, entendendo não podem ser excluídos, das infrações 2, 3 e 4, os documentos fiscais de circulação interna de tablets (independentemente da marca – Galaxy ou Ipad), no período de 01/01/10 a 31/10/11.

Concernente aos porta-retratos digitais, o autuado argumentou que se trata de “monitores ou, no máximo, monitores acompanhados de núcleo processador de dados, ambos mencionados no anexo 5-A (posições 8528.5 ou 8471)”.

O Anexo 5-A a que se refere o inciso V do artigo 87 do RICMS/97, acima transcrito, possuía a seguinte redação à época:

ANEXO 5-A

APARELHOS E EQUIPAMENTOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE USO EM INFORMÁTICA E SUPRIMENTOS BENEFICIADOS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

(a que se refere o art. 87, V)

8528.4	Monitores com tubo de raios catódicos.
8528.5	Outros monitores.

De acordo com a resposta ao Processo de Consulta nº 274/08 emitida pela Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 9ª RF – Aduaneira, o denominado “Porta-retrato digital” foi classificado na NCM/SH sob o nº 8528.59.20, como se constata a seguir:

Processo de Consulta nº 274/08

Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 9a. RF – Aduaneira

Assunto: Classificação de Mercadorias

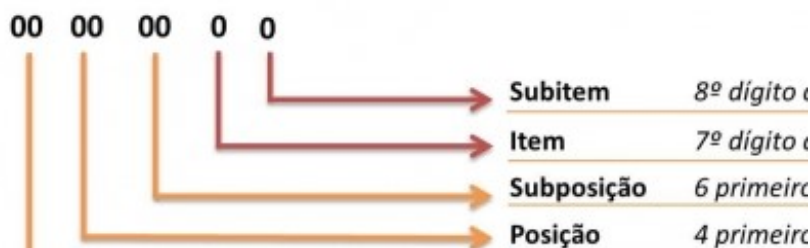
Ementa: Código TEC Mercadoria 8528.59.20. Monitor de cristal líquido (LCD) de 7”, em cores, combinado com dispositivo de reprodução de sons e imagens que são previamente gravadas em cartões de semicondutores ou suportes semelhantes, denominado comercialmente “Porta-retratos digital”. Dispositivos Legais: RGI/SH 1 (textos da posição 85.28 e Nota 3 da Seção XVI), 6 (textos das subposições 8528.5 e 8528.59), e RGC-1 (texto do item 8528.59.20), da TEC, aprovada Res. Camex nº 43/2006.

EDUARDO KLEIN - Chefe da Divisão

(Data da Decisão: 17.10.2008)

Apenas a título de esclarecimento, resalto que a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM/SH) é um algarismo de oito dígitos estabelecido pelo Governo Brasileiro para identificar a natureza das mercadorias, baseado em um método internacional de classificação (SH – Sistema Harmonizado) que contém uma estrutura de códigos com a descrição de características específicas dos produtos como, por exemplo, origem do produto, materiais que o compõem e sua aplicação.

Dos oito dígitos que compõem a NCM/SH, os seis primeiros são classificações do Sistema Harmonizado - SH e os dois últimos dígitos fazem parte das especificações próprias do Mercosul, como a seguir demonstrado:



Assim, para que se tenha uma melhor compreensão sobre o produto a ser examinado - “Porta-retrato digital” - NCM/SH 8528.59.20 (segundo a Receita Federal, órgão competente para realizar tal classificação) -, o código constante na Tabela de NCM/SH deve ser “dissecado” em seus vários níveis de agrupamento da seguinte forma:

1. Capítulo - código 85 - máquinas, aparelhos e materiais elétricos, e suas partes; aparelhos de gravação ou de reprodução de som, aparelhos de gravação ou de reprodução de imagens e de som em televisão, e suas partes e acessórios;
2. Posição - código 8528 - monitores e projetores, que não incorporem aparelho receptor de televisão; aparelhos receptores de televisão, mesmo que incorporem um aparelho receptor de radiodifusão ou um aparelho de gravação ou de reprodução de som ou de imagens;
3. Subposição - código 852859 - outros;
4. Item e subitem - código 85285920 - policromáticos.

Abaixo transcrevo a descrição do código 8528.59.20 da NCM/NH:

8528.5	- Outros monitores:
8528.51	-- Dos tipos exclusiva ou principalmente utilizados num sistema automático para processamento de dados da posição 84.71
8528.51.10	Monocromáticos
8528.51.20	Policromáticos
8528.59	-- Outros
8528.59.10	Monocromáticos
8528.59.20	Policromáticos

Ante o exposto, concluo que o produto “Porta-retratos digital” - NCM/SH nº 8528.59.20 está realmente inserido no item 8528.5 do Anexo 5-A do RICMS/97, podendo gozar do benefício da redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, conforme o disposto no artigo 87, inciso V, do referido Regulamento, devendo ser excluídas, portanto, do presente lançamento de ofício, todas as notas fiscais de saídas internas a ele relacionadas.

Sendo assim, deve ser mantida a decisão de primeira instância referente à infração 3 e alterada quanto às infrações 2 e 4, com a exclusão das notas fiscais de saídas de porta-retratos digitais, remanescendo, contudo, os débitos referentes às demais mercadorias, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração 2			
Data Ocorrência	Débito Original	Exclusões Porta-retratos digitais	Valor a exigir de ICMS
31/12/2010	3.222,78	0,00	3.222,78
31/01/2011	3.180,21	0,00	3.180,21
28/02/2011	4.543,85	0,00	4.543,85
31/03/2011	2.911,48	0,00	2.911,48
30/04/2011	5.095,43	0,00	5.095,43
31/05/2011	9.620,30	0,00	9.620,30
30/06/2011	2.395,41	0,00	2.395,41
31/07/2011	8.267,45	0,00	8.267,45
31/08/2011	14.348,89	0,00	14.348,89
30/09/2011	6.427,95	0,00	6.427,95
31/10/2011	18.059,35	0,00	18.059,35
30/11/2011	5.235,90	0,00	5.235,90
31/12/2011	2.954,27	54,00	2.900,27
TOTAL			86.209,27

Infração 4			
Data Ocorrência	Débito Original	Exclusões Porta-retratos digitais	Valor a exigir de ICMS
31/01/2010	1.424,76	184,95	1.239,81
28/02/2010	1.793,99	587,24	1.206,75

31/03/2010	2.516,87	116,66	2.400,21
30/04/2010	3.959,45	152,47	3.806,98
31/05/2010	1.799,43	267,76	1.531,67
30/06/2010	1.667,69	291,20	1.376,49
31/07/2010	9.447,21	110,65	9.336,56
31/08/2010	2.665,03	15,75	2.649,28
30/09/2010	461,84	140,38	321,46
31/10/2010	686,66	120,15	566,51
30/11/2010	1.342,44	61,80	1.280,64
31/12/2010	5.200,68	95,94	5.104,74
31/01/2011	164,04	0,00	164,04
28/02/2011	1.216,51	0,00	1.216,51
31/03/2011	1.029,59	50,64	978,95
30/04/2011	285,12	73,81	211,31
31/05/2011	2.972,06	0,00	2.972,06
30/06/2011	188,51	0,00	188,51
31/07/2011	372,60	0,00	372,60
31/08/2011	837,61	0,00	837,61
31/10/2011	2.457,44	0,00	2.457,44
31/12/2011	135,90	0,00	135,90
TOTAL			40.356,03

Na infração 5 o ICMS está sendo exigido sob a acusação de que o autuado omitiu saídas de mercadorias tributadas, apurado por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

O recorrente argumentou, em síntese, que as diferenças apuradas são decorrentes de sua forma de operacionalização, na qual, em muitos casos, apesar de a venda ter sido feita pelo estabelecimento autuado, a nota fiscal que acobertava a circulação da mercadoria foi emitida por outra filial (o centro distribuidor).

Para demonstrar a sua alegação, apresentou a seguinte documentação:

1. um exemplo que pode ser verificado em seu apelo recursal, às fls. 595 a 611, por meio da impressão de telas de computador e de cópia da nota fiscal nº 3828, datada de 19/12/10 e valor de base de cálculo de R\$ 1.950,00;
2. uma planilha com a “Relação Geral de Vendas Realizadas na Filial 43 (Iguatemi Bahia) e Saída Realizada na Filial 39 (Tancredo Neves - Shopping Salvador)” - fls. 279 a 482;
3. fotocópias de algumas das notas fiscais listadas na planilha mencionada no item anterior (fls. 483 a 519).

Pelo exame dos mencionados documentos fiscais, constato que restou comprovada a afirmação de que, em diversos casos, a mercadoria era vendida pelo autuado e a saída e a emissão da nota fiscal correspondente eram feitas por outro estabelecimento filial.

O contribuinte ainda alegou que a apuração da base de cálculo tributável, **feita com dados diários, desrespeita a sistemática de apuração do ICMS, devendo qualquer confronto ser feito em base mensal, conforme a previsão do RICMS/BA**, e que, comparando os valores mensalmente informados no RELATÓRIO DIÁRIO DE OPERAÇÕES TEF - PERÍODO JAN A DEZ 2009 e na planilha denominada de VENDAS DECLARADAS PELA EMPRESA - POR CONDIÇÃO DE PAGAMENTO DE 2009, ambas elaboradas pelo próprio Fisco estadual, verifica-se que a diferença apontada é inexistente.

Do exame dos papéis de trabalho juntados pelo preposto fiscal (fls. 53 a 94), constato que a ação fiscal foi desenvolvida com base no **resumo diário** das operações efetuadas pelo contribuinte, ou seja, pelo somatório de todas as operações feitas diariamente pela empresa, em vez de ter sido efetivado **mensalmente**, com base no Relatório de Informações TEF - Diário por Operações, como tem decidido reiteradamente este Conselho de Fazenda Estadual, porque é o documento que possibilita o exercício pleno do direito de defesa, consoante os Acórdãos CJF nºs 0371-11/11, 0210-11/11, 0110-13/12, 0360-12/12, 0366-11/12, 0034-13/12 e 0115-12/14.

Da forma como foi desenvolvido o trabalho fiscal, não restam dúvidas de que há, no presente lançamento de ofício, um elemento de incerteza quanto ao cometimento do ilícito imputado ao contribuinte, bem como insegurança na apuração da base de cálculo do ICMS e cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista as seguintes razões:

1. não foi entregue ao contribuinte, nem apensado ao PAF, o **Relatório TEF Diário Por Operações** fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, **identificando o número da operação, a bandeira do cartão utilizado para pagamento, o dia e horário da transação, o valor da operação, o número da autorização etc.**, o que permitiria ao recorrente efetuar o “casamento” exato entre as notas ou cupons fiscais e os boletos de cartões de crédito e/ou débito emitidos; o que foi anexado, às fls. 69 a 71 e 92 a 94, foram planilhas elaboradas e assinadas pelo autuante, nominadas de “RELATÓRIO DIÁRIO DAS OPERAÇÕES -

TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DE FUNDOS (TEF)”, as quais contêm diversos valores de operações em cada dia, mas que não possuem validade como prova: a) por não serem os documentos oficiais enviados pelas administradoras de cartões de crédito e débito à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia; b) por não apresentarem todas as informações necessárias à perfeita identificação das operações realizadas;

2. o levantamento fiscal, efetuado por meio do somatório dos valores diários pagos com cartão de crédito e/ou débito, em confronto com os documentos fiscais emitidos no **mesmo dia**, a meu ver, não é a técnica de auditoria mais adequada a esse tipo de atividade, na qual são comercializadas mercadorias de alto valor unitário, pagas pelos adquirentes, em geral, em diversas prestações mensais e, ademais, nem sempre a emissão das notas fiscais ocorre na mesma data da venda; assim, da forma como foi levada a efeito a ação fiscal (por meio do somatório diário das operações), é óbvio que sempre haverá diferenças, ainda que a empresa tenha emitido todas as notas ou cupons fiscais nas operações de saídas de mercadorias;
3. não há como averiguar a alegação recursal, de que se a comparação entre as informações das administradoras de cartões de crédito e/ou débito com os documentos fiscais emitidos tivesse sido feita mensalmente, não haveria diferenças, haja vista que o preposto fiscal **somente listou os dias em que o autuado teria supostamente deixado de emitir notas ou cupons fiscais de mercadorias vendidas por meio de cartões de crédito e/ou débito**, não incluindo outros dias em que, ou não houve diferença ou a diferença foi a favor do recorrente;
4. não foi levada em consideração, no confronto entre as informações das administradoras financeiras e os documentos fiscais emitidos pela empresa, a peculiaridade na operacionalização adotada, em que um estabelecimento realiza a venda da mercadoria (com o recebimento do valor por meio de cartões de crédito e/ou débito) e outra filial da empresa emite a nota fiscal e dá saída à mercadoria vendida, *modus operandi* devidamente comprovado nos autos e bastante comum entre as empresas do ramo, como vivenciado por esta relatora e outros conselheiros deste Colegiado em diversas ocasiões.

Outro equívoco constatado na autuação se refere ao cálculo da proporcionalidade entre as operações de saídas tributadas e não tributadas, prevista na Instrução Normativa nº 56/07 (Anexos 7B e 8B, fls. 61, 62, 84 e 85). A apuração da proporcionalidade, de maneira inexplicável, foi realizada **anualmente** quando deveria ter sido **mensal**, a fim de se compatibilizar com a cobrança do ICMS, que foi feita por período mensal.

Mais erros foram cometidos neste lançamento de ofício no que se relaciona aos “Valores Totais Por Dia – TEF” lançados no demonstrativo denominado “VALOR DE VENDAS INFORMADO PELO TEF MAIOR QUE OS VALORES DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE”, na coluna “VALOR TOTAL POR DIA – TEF” (Anexos 7A e 8A - fls. 53 a 60 e 72 a 83, folhas impressas, e compact disk à fl. 133), **que são inexplicavelmente diferentes** do somatório diário dos montantes indicados no “RELATÓRIO DIÁRIO DAS OPERAÇÕES - TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DE FUNDOS (TEF)”, **nos mesmos dias**, conforme os Anexos 7E e 8E - fls. 69 a 71 e 92 a 94, folhas impressas, e compact disk acostado à fl. 133 -, como a seguir demonstrado, de forma exemplificativa, **em todos os meses de 2010 e 2011**:

DATA	ANEXO 7A	ANEXO 7E
02/01/10	16.307,00	21.002,00
12/02/10	4.408,00	9.361,00
09/03/10	8.240,00	12.180,00
17/04/10	14.358,00	61.200,50
04/05/10	23.249,07	32.197,07
15/06/10	12.235,00	14.744,00
22/07/10	21.378,00	24.619,00
11/08/10	24.785,37	28.593,37
18/09/10	3.278,00	36.098,10
17/10/10	20.359,00	28.119,64
10/11/10	6.170,00	38.347,00
09/12/10	5.788,00	18.587,10
DATA	ANEXO 8A	ANEXO 8E
01/01/11	11.051,00	13.225,00
18/02/11	27.306,92	43.667,92
15/03/11	5.483,00	11.634,00
12/04/11	6.817,30	13.972,30
10/05/11	29.241,40	34.263,40
14/06/11	20.386,00	22.933,00
17/07/11	22.079,70	25.996,70
10/08/11	28.701,00	37.694,00
16/09/11	9.177,00	33.717,00
12/10/11	18.680,90	22.849,70
23/11/11	19.855,67	27.417,87
20/12/11	10.964,00	26.179,80

Concluo, portanto, pelos fatos acima narrados, que restou comprovada a existência de diversos vícios que maculam este lançamento de ofício, consistentes na incerteza quanto ao fato ilícito imputado, insegurança na apuração da base de cálculo do ICMS, inadequação do método de apuração do ICMS adotado e cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, vícios que não podem ser corrigidos nesta fase de julgamento, sob pena de supressão de instância. Dessa forma, não me resta alternativa a não ser declarar a nulidade da quinta infração.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo a subsistência das infrações 1 e 3, porém, modificando a decisão recorrida para julgar procedente em parte as infrações 2 e 4, nos valores respectivos de R\$ 86.209,27 e R\$ 40.356,03, e nula a infração 5, do presente lançamento de ofício.

Recomendo à autoridade fazendária competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, que avalie a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal referente à imputação julgada nula, obedecendo-se ao prazo decadencial previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.”

O Autuante apresentou manifestação (fls. 719 a 726), na qual solicitou que o PAF fosse encaminhado à PGE/PROFIS, para fins de análise da viabilidade de interposição de Recurso Extraordinário, com fundamento no Art. 169, II, “c” do RPAF/99, salientando que estavam presentes no Acórdão CJF nº 0315-12/14 os seguintes requisitos: afronta à legislação, contrariedade à prova dos autos e afronta a reiteradas decisões do CONSEF, citando os Acórdãos CJFs nºs 0160-12/12 e 0174-12/12.

Incluiu também contestação ao cerceamento de defesa e a supostos vícios relativos à Infração 05, explicando que os Anexos 7-E e 8-E do Auto de Infração demonstram a movimentação diária, operação a operação, das vendas informadas pelas empresas administradoras de cartão, discriminando por tipo (crédito ou débito), que a Instrução Normativa nº 56/07 não disciplina a metodologia de cálculo para obtenção da proporcionalidade, se baseado nas entradas ou saídas e na periodicidade mensal ou anual, sendo que o índice anual utilizado beneficiou o Autuado, já que inferior ao índice calculado mensalmente, e que a Relatora se equivocou ao analisar o demonstrativo ao não atentar que as operações estavam separadas de acordo com o tipo de pagamento, crédito ou débito.

Remetido o pedido para exame da PGE/PROFIS, esta apresentou Recurso Extraordinário visando a reforma do Acórdão CJF nº 0315-12/14, considerando não existir vício insanável na juntada extemporânea do Relatório TEF Diário nem na questão do cálculo anual da proporcionalidade (fls. 789 a 793).

Intimado, o Autuado apresentou contrarrazões ao Recurso Extraordinário (fls. 799 a 807), na qual alegou, em síntese, que faltam elementos para se determinar com segurança a suposta infração quanto o seu montante e que permitir que sejam juntados documentos e refeitos os cálculos fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, ao permitir o refazimento do lançamento durante o curso do processo administrativo, ofendendo as Arts. 142 e seguintes do CTN.

A Câmara Superior decidiu pela nulidade do Acórdão CJF nº 0315-12/14, quanto à Infração 05, por maioria, com voto de qualidade do presidente, mediante o Acórdão CS nº 0004-21/15 (fls. 816 a 826), com base no Voto Vencedor a seguir transcrito:

“Em que pese a boa fundamentação expendida pelo i.Relator, divirjo do seu posicionamento.

Conforme fundamentado no Recurso Extraordinário interposto pela Representante da PGE/PROFIS, em que solicita a reforma da Decisão proferida pela 2ª CJF deste Conselho de Fazenda, a teor do art. 169, II, “c”, do RPAF/BA, que deu provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, foi declarada nula a infração 5, que acusa omissão de saídas de mercadorias tributadas, fato apurado mediante levantamento de vendas com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (2010 e 2011), fundamentando incerteza quanto ao cometimento do ilícito, insegurança na apuração da base de cálculo do ICMS e cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista as seguintes razões:

- 1. Não foi entregue ao contribuinte o Relatório TEF Diário Por Operações;*
- 2. Confronto do somatório dos valores diários pagos com cartão de crédito e/ou débito, com os documentos fiscais emitidos no mesmo dia a invés de mensalmente;*
- 3. Não foram consideradas as informações das administradoras financeiras e os documentos fiscais emitidos*

por outra filial que emite nota fiscal com a que vende a mercadoria.

Observo que com relação à entrega do Relatório TEF Diário por Operações, de acordo com o relatado o Anexo 7E é espelho deste Relatório que foi importado para planilha Excel e foi entregue ao contribuinte. Logo, mesmo que não seja o Relatório TEF Diário, o procedimento adotado por este Conselho de Fazenda é de que se faça a entrega do citado Relatório, com a reabertura do prazo de defesa. Portanto, não configura situação que conduz a declaração e nulidade.

No que se refere ao segundo argumento, entendo que nada impede que seja feito o confronto dos valores pagos com os documentos fiscais emitidos no mesmo dia. Diversos equipamentos que viabilizam a consecução da operação entre a administradora financeira de cartão de crédito (POS – Point of sale ou “maquineta”) estão vinculados ao Emissor de Cupom Fiscal (ECF), fazendo com que a autorização da operação financeira seja concomitante com a emissão do Cupom Fiscal. Nesta situação a autorização constante da operação financeira do Relatório TEF é coincidente com a do cupom emitido pelo ECF. Logo, caso exista alguma peculiaridade de que a autorização do Relatório TEF não seja do mesmo dia, é facultado à empresa comprovar a emissão do documento fiscal para cada operação constante do Relatório TEF (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96). Assim sendo, entendo que de posse do Anexo 7E (ou saneamento com a entrega do Relatório TEF), o contribuinte tem possibilidade de comprovar a regularidade da emissão dos documentos fiscais para cada operação informada pela administradora de cartão, inexistindo a insegurança na constituição da base de cálculo ou cerceamento do direito de defesa.

No tocante ao terceiro argumento, há de se convir que em uma situação normal, considerando o princípio de autonomia dos estabelecimentos, cada matriz ou filial possui POSs vinculados a cada inscrição estadual, e um estabelecimento não pode efetuar vendas e emitir documento fiscal por outro estabelecimento. Entretanto, é possível que a empresa adote procedimentos em desconformidade com o que prevê a legislação do ICMS. Levando em consideração esta premissa, se a empresa autuada efetuou venda, faturou com o cartão de uma operadora financeira e a mercadoria foi entregue com emissão de documento fiscal por outro estabelecimento, em se tratando de exigência do imposto por presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96) é facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da infração. Considerando essa hipótese, o contribuinte tem possibilidade de demonstrar qual operação constante do Relatório TEF não teve emissão de documento fiscal pelo próprio estabelecimento e elaborar demonstrativos próprios que evidencie a emissão de documentos fiscais para cada operação, o que elide a acusação.

Por fim, quanto à proporcionalidade, verifico que a citada Instrução Normativa prevê a proporcionalidade dos valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, mas não orienta se deve ser aplicada anualmente ou mensalmente. Dessa forma, a aplicação da proporcionalidade anual não configura uma ilegalidade. É certo que o CONSEF, nas suas decisões prevalentes considera o mais correto a aplicação mensal, seguindo a compatibilização com a apuração do ICMS. Tendo a fiscalização apurado a proporcionalidade anual, isso, também, por si só não configura um vício insanável, visto que em diversas autuações este Conselho tem determinado que se façam aplicação da proporcionalidade mensal, cientificando o contribuinte em seguida para que possa exercer o seu direito de defesa.

Por tudo que foi exposto, entendo que o Recurso Extraordinário, com relação a infração 5, deve ser CONHECIDO, tendo em vista que a Decisão proferida pela 2ª CJF que fundamentou a declaração da nulidade de ofício desta infração, refere-se a questões materiais que poderia serem saneadas na fase instrutória, em busca da verdade material, conforme entendimento manifestado em decisões reiteradas deste Conselho (art. 169, II, “c” do RPAF/BA).

No mérito, conforme apreciado nas preliminares, os vícios apontados na Decisão ora recorrida, acima elencados pelo i. Relator (i) venda por um estabelecimento e emissão da nota fiscal e entrega da mercadoria por outro; (ii) apuração da base de cálculo tributável, feita com dados diários; (iii) apuração da proporcionalidade tributável anual ao invés de mensal (iv) diferenças de totalizações de “Valores Totais Por Dia – TEF” (Anexos 7A e 8A - fls. 53 a 60 e 72 a 83), configuram inconsistências passíveis de saneamento, mediante realização de diligência fiscal, como fundamentou a PGE/PROFIS no Recurso Extraordinário interposto.

Pelo exposto, os fundamentos da Decisão recorrida, não configuram vícios insanáveis, motivo pelo qual, voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Extraordinário interposto pela PGE/PROFIS, anulando a Decisão contida no Acórdão CJF nº 0315-12/14, devendo ser remetidos os autos à 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda, para adotar as providências cabíveis e proferir nova decisão.”

Redistribuído o processo para a 2ª CJF, o designado Relator Conselheiro Fernando Araújo resolveu converter o PAF em diligência à IFEP COMÉRCIO (fl. 842), para que o Autuado fosse intimado a apresentar planilha definitiva de todas as operações que entenda se adequar na metodologia de venda alegada, vinculando, de modo indubitável, os pagamentos ocorridos na modalidade de cartão de débito ou de crédito, ocorridos no seu estabelecimento, com as notas fiscais emitidas através de outro estabelecimento, disponibilizando ao Autuante todos os documentos fiscais e extrafiscais que entendesse fazer prova de sua alegação, devendo o preposto fiscal, de posse

desta documentação, verificar a sua procedência e elaborar novos demonstrativos.

O Autuante apresentou manifestação (fls. 846 a 849), solicitando esclarecimentos sobre a possibilidade de levar em consideração os pagamentos ocorridos na modalidade de cartão de débito ou de crédito, ocorridos em outros estabelecimentos, com as notas fiscais emitidas através do Autuado.

O então Relator Fernando Araújo devolveu o processo para redistribuição à Relatora do Acórdão CJF nº 0315-12/14, Conselheira Denise Mara, arguindo o disposto no Art. 136, § 1º, III do RPAF/99 (fl. 859), a qual devolveu o processo, tendo em vista que estava em gozo de licença prêmio na época da distribuição, invocando o § 2º do mesmo dispositivo regulamentar (fls. 860 a 862).

Redistribuído o PAF para o Conselheiro Paulo Danilo Lopes, o mesmo devolveu o PAF, arguindo jurisprudência do CONSEF, no julgamento do Auto de Infração nº 279268.0045/15-2, no sentido de que o PAF tinha que ser distribuído para um conselheiro da 2ª CJF (fls. 872 e 873).

Redistribuído o PAF para o Conselheiro Eduardo Ramos, o mesmo devolveu o PAF, por ter sido o Relator do Voto Vencedor do Acórdão CS nº 0004-21/15, que decidiu pela nulidade do Acórdão CJF nº 0315-12/14 (fl. 874 - frente e verso).

Então foi redistribuído o PAF para o Conselheiro Leonel Araújo Souza (fl. 877), tendo a 1ª CJF convertido o PAF em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls. 919 e 920), para que o Autuante juntasse aos autos o Relatório TEF Diário correspondente ao período e concedesse a reabertura do prazo de defesa para que o Autuado indicasse precisamente quais operações tiveram a nota fiscal emitida por outro estabelecimento, com a respectiva saída da mercadoria por aquele estabelecimento.

Auditora Fiscal estranha ao feito anexou o Relatório TEF Diário correspondente ao período autuado, e intimou o Autuado para se manifestar no prazo de dez dias (fls. 926 a 1.157), o que não ocorreu.

Redistribuído o PAF para este Relator, em pauta suplementar, a 2ª CJF resolveu remeter o presente processo em Diligência à CPPAF (fl. 1.160), para que, de forma a evitar questionamento de cerceamento de defesa, o referido setor intimasse o Autuado e seus patronos a apresentar demonstrativo analítico, acompanhado das respectivas documentações comprobatórias, relacionando as operações dos Relatórios TEF Diários que tiveram suas notas fiscais emitidas por outro estabelecimento, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para, querendo, se manifestar.

O Autuado pediu extensão do prazo por mais 40 (quarenta) ou 60 (sessenta) dias (fls. 1.167 e 1.168), o qual foi anexado em duplicidade (fls. 1.241 e 1.242).

Posteriormente, apresentou nova manifestação (fls. 1.279 a 1.300), na qual, após uma breve síntese dos autos, alegou que a Infração 05 decorre de equívoco do Autuante, uma vez que a maior parte da diferença encontrada é oriunda de operações em que a mercadoria foi, de fato, negociada com o cliente no estabelecimento autuado, mas entregue por outro estabelecimento, responsável pela escrituração da venda e recolhimento do ICMS devido, nos termos da legislação vigente.

Trouxe o exemplo da Nota Fiscal nº 3.828, emitida pelo estabelecimento TANCREDO NEVES, cujo ICMS foi devidamente destacado, a partir do Pedido nº 64.202, proveniente da unidade IGUATEMI BA (tabela/negócio: IGBA), conforme cópias de telas do seu sistema que acostou.

Afirmou que o provimento do Recurso Extraordinário ofendeu o princípio da isonomia, pois o Acórdão recorrido havia rejeitado pedido de realização de diligência que tinha formulado, sendo que as ausências de documento essencial para comprovar a materialidade da infração, bem como à inexatidão do cálculo realizado pelo Autuante, ensejam a nulidade da Infração nos termos do Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, além de ofender o princípio da ampla defesa e do contraditório e os Arts. 142 e seguintes do CTN.

Disse que dois dos fundamentos apontados pela 2ª CJF para anular a Infração 05 sequer foram questionados pelo Autuante:

a) a desconsideração das operações em que o estabelecimento efetuava a venda , mas a entrega

era feita por outro estabelecimento, prática bastante comum em seu ramo de atividade, vivenciado pela então Relatora e por outros Conselheiros, e plenamente demonstrada por meio da juntada de diversos documentos;

- b) a nulidade decorrente do levantamento fiscal ter sido efetuado por meio do somatório dos valores diários pagos com cartão de crédito e/ou débito, em confronto com os documentos fiscais emitidos no mesmo dia, e não mensalmente, como deveria ter sido realizado, tendo em vista o critério temporal do ICMS.

Acostou ementa do REsp nº 1.364.869/MG, no qual o STJ estabeleceu o entendimento de que é irrelevante o fato da mercadoria ter sido negociada por um estabelecimento e entregue por outro, importando a efetiva saída do bem negociado para a hipótese de incidência.

Destacou ser fato inconteste e de fácil demonstração que o imposto foi integralmente recolhido sobre as suas vendas, inexistindo qualquer omissão de receita, sendo as exigências de documentos fiscais, além de desnecessárias, é desarrazoada, posto que se referem a período superior a dez anos, quase o dobro do indicado para o armazenamento de documentos fiscais, e que constam nos autos todas as provas necessárias, como já reconhecido por este CONSEF.

Requeru que seja afastada a exigência de novos documentos a serem acostados, vez que assim como já reconhecido pelo próprio CONSEF, todas as alegações acerca do seu modus operandi para as operações em comento, e sobretudo o recolhimento do imposto sobre elas incidentes se encontram devidamente comprovados no presente feito, esperando que o Acórdão recorrido seja reformado, anulando integralmente o Auto de Infração ou, caso assim não entenda, a Infração 05.

Auditora Fiscal estranha ao feito relatou que o Autuado recebeu os Relatórios TEF Diários mas, mesmo intimado para tal, e após ter solicitado dilação do prazo por 60 (sessenta) dias, não apresentou demonstrativo analítico, acompanhado das respectivas documentações comprobatórias, relacionando as operações constantes nos relatórios que tiveram suas notas fiscais emitidas por outros estabelecimentos, optando por apensar nova peça defensiva, reiterando os mesmos argumentos expendidos anteriormente, já contestados pelo Autuante e pela PGE/PROFIS, que culminou no Acórdão CS nº 0004-21/15.

Em sessão de julgamento, por unanimidade, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal resolveu remeter o presente processo em DILIGÊNCIA à CONSEF/ASTEC, para que Auditor Fiscal estranho ao feito intime o Autuado mais uma vez a apresentar demonstrativo analítico, de forma exaustiva, acompanhado das respectivas documentações comprobatórias, relacionando as operações dos Relatórios TEF Diários que tiveram suas notas fiscais emitidas por outro estabelecimento, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para, querendo, se manifestar (fl. 1.314).

O Diligente exarou o Parecer ASTEC nº 012/2025 (fls. 1.340 a 1.342), no qual relatou que intimou o Autuado, o qual solicitou e lhe foi concedido prorrogação de prazo, mas o Autuado, assim como já havia procedido anteriormente, não atendeu a intimação, e encaminhou os autos para julgamento.

Registro a presença da advogada do Autuado, Sra. Rafaella Nicoletti Santos Dias, inscrita na OAB/SP sob o nº 358.452, bem como do Autuante, Sr. Vinícius Miranda Morgado, os quais exerceram o seu direito à sustentação oral.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, após ter sido anulado o Acórdão CJP nº 0315-12/14, pelo Acórdão CS nº 0004-21/15, no que tange à Infração 05, que exige ICMS e multa por omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Ressalto que está em lide apenas a Infração 05, sendo que as Infrações 01 e 03 foram julgadas procedentes, as Infrações 02 e 04 foram julgadas parcialmente procedentes e as Infrações 06 a 09

foram reconhecidas e pagas pelo Autuado, tudo conforme constam nos citados Acórdãos CJF nº 0315-12/14 e CS nº 0004-21/15.

Para não haver dúvidas sobre o resultado relativo às Infrações 01 a 04, ratifico aqui as posições constantes no Acórdão CJF nº 0315-12/14, no sentido de que:

- a) a Infração 01 é totalmente procedente, com retificação da multa para a prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que o Autuado efetivamente se creditou indevidamente de ICMS relativo à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo que este CONSEF não tem competência para suspender prazo para interposição de pedido de restituição;
- b) as Infrações 02 e 04 são parcialmente procedentes e a Infração 03 é totalmente procedente, posto que os aparelhos celulares NEXTEL MOTOROLA, NCM 8517.12.21, de fato não está incluído no rol dos aparelhos celulares sujeitos à substituição tributária (Art. 353, II, 35), e sua redução de base de cálculo dependia de condição não satisfeita pelo Autuado (Art. 87, XXIV, e § 11 do RICMS/97), a redução de base de cálculo só foi estendida aos *tablets* a partir 01/11/2011 (Art. 87, XLIV do RICMS/97), e os “*porta retratos digitais*”, NCM 8528.59.20, realmente gozam do benefício de redução de base de cálculo (Art. 87, V do RICMS/97), tendo sido o motivo da redução do valor das Infrações 02 e 04 para os valores respectivos de R\$ 86.209,27 e R\$ 40.356,03.

Ressalto que foi afastada a nulidade da Infração 05 pelo Acórdão CS nº 0004-21/15, sendo que foram fornecidos os Relatórios TED Diários ao Autuado, com a reabertura do prazo de defesa, mas, mesmo após intimado, o Autuado não apresentou demonstrativo analítico, acompanhado das respectivas documentações comprobatórias, relacionando as operações constantes nos relatórios que tiveram suas notas fiscais emitidas por outros estabelecimentos.

Destaco que os demonstrativos 7-E e 8-E já relacionavam, por operação, desde a lavratura do Auto de Infração, os pagamentos efetuados por cartão de crédito e débito, informados pelas instituições financeiras e administradora de cartões (fls. 69 a 71, 92 a 94 e 133 – mídia), que foram utilizados para embasar a autuação, não cabendo a alegada nulidade, que sequer foi alegada na Defesa ou no Recurso Voluntário.

O confronto diário dos pagamentos efetuados por cartão de crédito e débito com as operações com emissão de documentos fiscais está de acordo com a jurisprudência deste CONSEF, inclusive com a nova redação do Art. 4º, § 4º, VII, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

*...
VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.*

Nota: A redação atual do inciso VII do § 4º do art. 4º foi dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Redação original, efeitos até 21/12/17:

“VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.”

Observo que a redação vigente à época dos fatos não estabelecia uma periodicidade para tal confronto, sendo comum que fosse comparado cada pagamento com as notas fiscais emitidas, que foi alvo de diversos questionamentos por conta da existência de diversos pagamentos para uma só emissão de nota fiscal, daí a definição da periodicidade diária para a verificação, o que é bastante razoável.

Portanto, também afasto a nulidade quanto a esta questão.

Está sendo questionada a possibilidade da venda, e o pagamento, serem efetuados por um estabelecimento e a entrega por outro estabelecimento, mas se de fato isso aconteceu, não foi provado nos autos, nem foi obedecida a legislação tributária.

Não consta na autuação o pagamento no valor de R\$ 1.950,00, em 19/12/2010 (fl. 1.020 – verso), relativo à Nota Fiscal nº 3.828, que o Autuado trouxe como exemplo, emitida pelo estabelecimento TANCREDO NEVES, cujo ICMS foi devidamente destacado no valor de R\$ 331,50, a partir do Pedido nº 64.202, citado no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, que o Autuado disse ser proveniente da unidade IGUATEMI BA (tabela/negócio: IGBA), conforme cópias de telas do seu sistema que acostou.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário quanto à Infração 05.

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III, do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 1.088.890,87, com a modificação da multa aplicada na Infração 01 e a redução das Infrações 02 e 04 para os valores respectivos de R\$ 86.209,27 e R\$ 40.356,03, conforme demonstrado abaixo:

Infração	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF	Valor 2ª CJF	Multa	Resultado
Infr. 01	42.461,65	42.461,65	42.461,65	60%	Procedente
Infr. 02	86.263,27	86.263,27	86.209,27	60%	Proc. Em Parte
Infr. 03	9.099,31	9.099,31	9.099,31	60%	Procedente
Infr. 04	42.625,43	42.625,43	40.356,03	60%	Proc. Em Parte
Infr. 05	870.653,54	870.653,54	870.653,54	70% e 100%	Procedente
Infr. 06	17.830,99	17.830,99	17.830,99	60%	Reconhecida
Infr. 07	11.447,36	11.447,36	11.447,36	60%	Reconhecida
Infr. 08	10.825,13	10.825,13	10.825,13	-	Reconhecida
Infr. 09	7,59	7,59	7,59	-	Reconhecida
Valor Total	1.091.214,27	1.091.214,27	1.088.890,87		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298627.0005/12-4, lavrado contra **FAST SHOP S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.078.058,15**, acrescido das multas de 60%, sobre o valor de R\$ 207.404,61, 70% sobre o valor de R\$ 70.077,72 e 100%, sobre o valor de R\$ 800.575,82, previstas no Art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 10.832,72**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2025.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS