

A. I. N° - 022581.0038/04-6
AUTUADO - ANDRADE FERREIRA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MÁRIO BASTOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 19. 07. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0236-04/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DECLARAÇÃO DE VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. No entanto, até o ano de 2002 não havia previsão legal para a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e/ou débito. Após comprovações, houve diminuição do débito originalmente apurado relativo aos exercícios de 2003 e 2004. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 14/12/2004, o Auto de Infração cobra ICMS no valor de R\$379.475,37, acrescido da multa de 70%, pelas seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (dezembro de 2002 a agosto de 2004) – R\$333.039,71;
2. Omissão de saída de mercadoria decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais, constatado pela não emissão de cupom fiscal (ECF-IF) nas vendas pagas com cartão de crédito ou débito, conforme relação fornecida pelas administradoras (outubro de 2001 a novembro de 2002) – R\$46.435,37.

O autuado, em sua impugnação (fls. 476/480), transcreveu, inicialmente, todos os artigos e incisos do Regulamento do ICMS deste Estado, apontados pelo autuante como infringidos. Em seguida, afirmou ser fácil a comprovação da insubsistência da ação fiscal, uma vez que não poderia ter discriminado a forma de pagamento de suas vendas através do ECF já que a legislação que trata de cupom fiscal e ECF, cuja cópia anexou aos autos, não se reporta em qualquer momento sobre este assunto. Portanto, era permitido o registro em conjunto dos documentos de numeração

seguida da mesma série e subsérie. Observou que a lei não poderia retroagir para penalizar o contribuinte. Além do mais, discordou da forma como foi feita a auditoria fiscal, a denominando de altamente punitiva e pouco didática.

Às fls. 492/493 dos autos consta uma relação elaborada pelo impugnante, discriminando mês e ano, faturamento, “outros meios” e “meio de PG, Cartão C/D”, porém sem maiores explicações.

Solicitou, por fim, diligência fiscal e a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação (fl. 496), ratificando o procedimento fiscal. Informou, ainda, que na escrita contábil da empresa não consta lançada a movimentação financeira com Bancos, onde poderiam ser demonstradas as transações financeiras do autuado com as administradoras de cartão de crédito.

Diante da lide instalada e para o seu correto julgamento, esta 4ª JF baixou os autos em diligência à Inspetoria de Santo Antonio de Jesus para que o autuado anexasse, aos autos, todas as comprovações que disse possuir. Foi observado que estas provas deveriam ser feitas através de demonstrativo, onde fossem relacionados os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, resumindo-os mensalmente e comparando-os com o valor informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito anexado ao processo, referente ao período em exame. Além do mais, que aos autos fossem apensados os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e os respectivos documentos fiscais, objetivando comprovar todas as informações apresentadas no citado demonstrativo (fl. 499).

O autuado, em atendimento ao solicitado (fls. 504/507), inicialmente apresentou o mesmo demonstrativo que havia feito na sua defesa. Em seguida, reafirmou que, à época, não era obrigado, pela legislação vigente, a discriminar nos cupons fiscais de vendas, a forma destas operações. Citando o art. 824-E, § 3º, I, do RICMS/97 que foi indicado quando do pedido de diligência por esta 4ª JF, observou que o mesmo somente foi acrescentado ao Regulamento pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 e que o § 4º do citado artigo somente foi acrescentado pela Alteração nº 51 – Decreto nº 8.882, de 20/1/2004.

Prosseguindo com sua argumentação, afirmou que independente de ter autorizado às diversas administradoras de cartões de crédito de informar seu faturamento no final do ano de 2002, dentro das exigências legais, entendeu que se encontrava desobrigado das exigências determinadas no § 4º, do art. 824-E do RICMS/97. Além do mais:

1. não estava claro no § 3º do citado artigo em que anverso da via de qual documento deveria ser informado o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação, pois esta informação poderia ser na via entregue ao consumidor.
2. não estar previsto na legislação a obrigação de guardar documentos para-fiscais, que, são extremamente frágeis.

Em seguida, noticiando de que depois de grande esforço, conseguiu comprovar algumas operações do exercício de 2003, que indicou, apensou aos autos os comprovantes das operações.

VOTO

Para melhor entendimento sobre a presente lide, entendo que devo me pronunciar, primeiramente, sobre a segunda infração que exige ICMS pela omissão de saída de mercadoria decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais, constatado através da não emissão de cupom fiscal (ECF-IF) nas vendas pagas com cartão de crédito ou débito, conforme relação fornecida pelas administradoras, fatos geradores ocorridos entre novembro de 2001 a novembro de 2002. Foi indicado como dispositivos infringidos o art. 2º, § 3º, combinado com os arts. 50, 60, I, 124, I, 323 e parágrafos, combinado com o art. 331, do RICMS/97 e capitulação da

multa no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados pela Redução Z do ECF do contribuinte referentes às vendas com cartão. Ou seja, a autuação teve por base a auditoria de levantamento fiscal pela presunção legal autorizada no art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, o que levou, inclusive, o autuado a se defender desta acusação. Neste contexto, assim a trato para decidir a questão.

A presunção legal que autoriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto somente foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. E no Regulamento esta disposição legal somente foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002. Portanto, nos exercícios de 2001 e 2002 não existia previsão legal para apuração do ICMS através desta auditoria, o que me leva a decidir pela insubsistência da ação fiscal relativa a infração apontada como 2 do presente Auto de Infração.

A infração 1, de igual forma, trata da presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, relativa ao mês de dezembro de 2002 e exercícios de 2003 e 2004. Em relação a dezembro de 2002, a infração não pode ser mantida como já explanado anteriormente. No entanto, a partir de janeiro de 2003, a infração já se encontrava inserida e em vigor na lei tributária estadual.

O autuante, de igual forma, realizou comparativo entre a leitura redução Z do ECF, em relação às vendas por cartão, existente no estabelecimento autuado, e as informações das administradoras de cartões de crédito. Constatou que no ECF os valores estavam zerados, precisamente, a empresa não havia indicado qualquer venda através de cartão de crédito e/ou débito. Na situação, cobrou o imposto sobre os valores indicados pelas administradoras.

O autuado irrisignado com a autuação, a entendeu equivocada, pois conforme afirmou, não era obrigado, pela legislação vigente, a discriminar nos cupons fiscais de vendas, a forma destas operações. Afirmou que o art. 824-E, § 3º, I, do RICMS/97 somente foi acrescentado ao Regulamento pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 e que o § 4º do citado artigo somente foi acrescentado pela Alteração nº 51 – Decreto nº 8.882, de 20/1/2004. Além do mais, não estava claro no § 3º do citado artigo em que anverso da via de qual documento deveria ser informado o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação, inclusive não sabia se era na via fornecida ao consumidor final. Além do mais, não há previsão legal em ser obrigado a guardar documentos para-fiscais.

Não posso comungar com as alegações de defesa. Em primeiro lugar, como dito, a auditoria realizada está respaldada na norma em vigor. Em segundo lugar, o art. 824-E determina, desde 1/1/2003 (Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, DOE de 31/12/2002), *que a impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point Of Sale (POS), ou qualquer outro, que possua recursos que possibilitem ao contribuinte a não emissão do comprovante*. Inclusive no seu § 2º determina que *a operação de pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito não deverá ser concretizada sem que a impressão do comprovante tenha sido realizada no ECF*. Desta forma, o impugnante não poderia, como dito, não lançar suas vendas através de cartão de crédito e/ou débito sem indicar no ECF. E o § 3º do citado artigo somente tem validade nos casos em que o comprovante não seja impresso no equipamento fiscal. Neste caso, deve ser informado no anverso do respectivo comprovante, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se necessário, do número seqüencial do equipamento no estabelecimento. Neste momento ressalto que a determinação legal é clara, não dando motivo a qualquer interpretação outra de que esta informação deve ser feita no comprovante de crédito e/ou débito emitido. E, a indagação do defendente de que não poderia saber se poderia ser aquele que fica em poder do consumidor final não tem qualquer sentido.

Em terceiro lugar e quanto ao argumento de que não é obrigado a guardar os documentos extra-fiscais, tem razão. Porém, observo que a desconstituição da presunção legal cabe ao contribuinte. Este Colegiado, para perquirir a verdade material dos fatos, ainda diligenciou os autos para que o próprio impugnante desconstituisse a infração, já que as provas se encontravam em seu poder. E, por fim, quanto ao argumento de que o § 4º do art. 824-E, do RICMS/97 somente foi acrescentado pela Alteração nº 51 – Decreto nº 8.882, de 20/1/2004, entendo que não pode ser argumento à desconstituição da infração já que suas determinações são aquelas constantes do Convênio ECF nº 01/01, publicado no Publicado no DOU de 12/7/2001, ao dispor sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito. Neste Convênio, que indica outra forma de comprovação das vendas realizadas por cartão de crédito e/ou débito, lá consta que caso o contribuinte não queira de adequar às determinações que a legislação determina (no caso deste Estado, o art. 824-E, *caput*, do RICMS/97) poderá autorizar as administradoras de cartões de crédito ou de débito com que transacionem a informar discriminadamente à Secretaria da Fazenda o valor do faturamento do estabelecimento usuário do equipamento correspondente às operações e prestações com pagamento efetuado com os referidos cartões. Para melhor compreensão, transcrevo a Cláusula Primeira do referido Convênio: *O contribuinte usuário de ECF, até 31 de dezembro de 2002, em substituição à exigência prevista na Cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, de 18 de fevereiro de 1998, poderá optar, uma única vez, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer às Secretarias de Fazenda, Finanças, ou Tributação dos Estados, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento.* Esta opção o defende fez, conforme demonstrou: não registrou qualquer venda no seu ECF através de cartão de crédito e/ou débito e autorizou as administradoras a fornecer as informações, conforme contratos que anexou aos autos (fls. 519/520). O fato desta opção somente ter sido inserida no Regulamento em 20/1/2004, ela já existia através do citado Convênio e pelo autuado foi utilizada.

Diante do exposto, a infração 1 resta caracterizada. No entanto, conforme solicitado, o sujeito passivo trouxe aos autos comprovações de algumas vendas realizadas. Como a presunção é *jurus tantum*, ou seja, admite prova em contrário, elas são aceitas para excluir a exigência do imposto sobre tais valores de base de cálculo, o que me leva a refazer o levantamento fiscal dos meses de janeiro e outubro de 2003 e agosto de 2004, conforme abaixo:

DATA	BASE DE CÁLCULO	EXCLUSÃO	BASE DE CÁLCULO	ICMS
Janeiro/2003	157.070,26	1.223,16	155.847,10	26.494,00
Outubro/2003	163.370,41	4.074,89	159.295,52	27.080,23
Agosto/2004	70.895,10	172,09	70.723,01	12.022,91

Mantenho a autuação relativa ao item primeiro do Auto de Infração no valor de R\$311.167,74 com os novos valores do imposto relativo aos meses de janeiro e outubro de 2003, do mês de agosto de 2004 e com a exclusão do imposto relativo ao mês de dezembro de 2002.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$311.167,74.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022581.0038/04-6**, lavrado contra **ANDRADE FERREIRA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$311.167,74**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do

CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO- PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR