

PROCESSO - A. I. Nº - 180642.0049/04-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BARRETO PEIXOTO SUPERMERCADO E LANCHONETE LTDA.
RECORRIDOS - BARRETO PEIXOTO SUPERMERCADO E LANCHONETE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0468-03/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0109-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE ENTREGA AO CONTRIBUINTE DOS RELATÓRIOS DAS OPERAÇÕES DIÁRIAS REALIZADAS. NOVA DECISÃO. A falta de entrega ao contribuinte dos relatórios das operações diárias com cartão de crédito ou através de meio magnético (CD) devidamente autenticado pela SEFAZ, implica em cerceamento ao direito de defesa. Incumbe, portanto, ao órgão prolator da decisão recorrida promover o saneamento do feito e proferir nova decisão, a salvo de incorreção. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário impetrado pelo autuado contra a Decisão da 3ª JF através do Acórdão nº 0468-03/05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epigrafe, bem como de Recurso de Ofício pelo teor do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/09/04, para exigir ICMS no valor de R\$151.375,49 acrescido da multa de 70%, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 (01/2003 a 03/2004).

O autuado, na defesa apresentada às fls. 31 a 39, afirma que conforme o disposto no art. 2º, § 3º, VI do RICMS/97, não ocorreu o fato gerador do ICMS, pois em nenhum momento, excetuando-se os meses de março e abril de 2003, as vendas efetuadas foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito, conforme demonstram os DMAs apresentados ao fisco.

Ademais, afirma o autuado, ter apresentado fls. 32 e 33, tabelas de sua lavra onde está explícito que nos demais meses os valores decorrentes das vendas superam aqueles informados pelas administradoras de cartões de crédito.

Aduz que, nem sempre as vendas com cartão registradas no equipamento eletrônico de controle fiscal são reais, pelo fato de que “...*muitas das vendas por cartão foram registradas como venda à vista, sem qualquer prejuízo ao estado.*”

Lembra que como atua no ramo de supermercados, lida com produtos isentos, não tributados e outros na proporção, grosso modo, de 50%, e que uma simples verificação nas DMAs, anexadas ao processo, será suficiente para comprovar sua afirmação, como em Decisão similar, Acórdão JF nº 0215-01/02, foi aplicado a proporcionalidade.

Diz que a autuante não considerou as operações de “sangria” (retiradas de dinheiros, boletos de cartão, vale refeição, etc), realizadas nos equipamentos emissores de cupons fiscais, o que no seu entendimento conduz à nulidade da autuação. A título de exemplo, indica que no dia 13/01/2003 foi realizado uma sangria dos boletos de cartão de crédito existente no caixa de R\$1.497,35 e a autuante computou no seu levantamento valor comercializado de R\$0,12 apenas. Diz que poderia citar outros exemplos para descaracterizar o levantamento realizado pela autuante, mas prefere as cópias das fitas detalhes das leituras em Z e os relatórios de Operador de Caixa, como prova a seu favor.

Requer que seja a autuação julgada nula e que, se ultrapassada a nulidade requerida, seja aplicado o critério da proporcionalidade entre as operações tributáveis e as com fase de tributação encerrada apenas nos meses em que o total das vendas informadas pela operadora do cartão foram superiores às vendas declaradas pelo autuado. E por fim, requer provar tudo que foi alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

A autuante presta sua informação fiscal, fls. 959 e 960, mantendo os termos da Autuação, o que ensejou a 3ª JJF converter o presente PAF em diligência para que estranho ao feito procedesse o confronto dos documentos apresentados pelo autuado com os demonstrativos elaborados pelo autuante, com o fito de identificar os valores reais das vendas por meio de cartões de crédito registrados nas leituras de redução Z e reelaborasse novo demonstrativo de débito com base nos ajustes procedidos.

O diligente elaborou novos demonstrativos fls. 968 a 970, inserindo os valores *"das sangrias realizadas pelo autuado durante o dia, sem que as mesmas constassem, no final do expediente, na Redução Z"*. Indicou como devido o valor de R\$105.706,36.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência feita pela ASTEC, conforme cópia do documento juntado à fl. 975, tendo concedido prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado apresentou nova manifestação às fls. 979 a 983 e disse que reitera o pedido de improcedência da autuação, ratificando o entendimento inicial de que os valores registrados como vendas através de cartão de crédito no equipamento eletrônico de controle fiscal, não correspondem precisamente aos valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito, mesmo sabendo que muitas vendas realizadas por cartão foram registradas como vendas à vista, sem que isso causasse qualquer prejuízo ao Estado.

Alega que, esta matéria foi objeto de Recurso Voluntário no CONSEF, conforme Decisão prolatada através do Acórdão CJF nº 0139-11/05, em que entendeu que só se tornou exigível a indicação no cupom fiscal do meio de pagamento da operação ou prestação, a partir de 21/01/04 com a edição do Dec. 8.882/04. Diz que, só caberia a exigência de uma penalidade de caráter formal.

Diz que a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, restou comprovado que a autuante não considerou na autuação as operações de sangria, operações legítimas e que constam nas leituras de Redução Z.

A JJF, levando em conta o consenso formado nas reuniões realizadas pelo CONSEF, para adoção de providências com vistas ao saneamento do PAF, decidiu converter o processo em diligência, para que fosse entregue ao autuado uma cópia do relatório fornecido pela empresa administradora de cartão de crédito de todas operações diárias, relativa ao contribuinte.

Em atendimento a diligência, a Inspetoria Fazendária:

- a) juntou à fl. 990, um CD contendo o relatório TEFs diários relativo ao exercício de 2003 e 2004, referente ao contribuinte;

b) fez entrega ao autuado, de uma cópia do referido CD, mediante recibo assinado pelo contribuinte, cuja cópia foi juntada à fl. 991 e reabriu o prazo de defesa de trinta dias para que comprovasse os pagamentos do ICMS das operações informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito.

O autuado manifestou-se às fls. 993 a 998 e preliminarmente disse que a entrega do CD não supre a determinação contida na diligência de que fosse entregue as “cópias” de todas as operações diárias informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito. Afirma que no seu entendimento ficou caracterizado o descumprimento do devido processo legal e cerceamento do direito de defesa.

Argumenta que o levantamento fiscal baseia-se em que as vendas realizadas por cartão de crédito não correspondem às informadas pelas empresas administradoras de cartão, mas que “muitas das vendas por cartão foram registradas como vendas à vista, sem qualquer prejuízo ao estado”. Cita a Decisão contida no Acórdão CJF 139-11/05 para reforçar o seu entendimento de que só a partir da inserção do parágrafo 7º do art. 238 do RICMS/BA é que se tornou possível exigir do contribuinte a indicação no cupom fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação. Afirma que se tal atitude pudesse ser caracterizada como infração, seria apenas de caráter formal, por ausência de previsão legal à época da ocorrência dos fatos.

Por fim, requer provar tudo que foi alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, inclusive a prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

A autuante manifestou-se às fls. 1138 e 1139, informando que, não procede à alegação defensiva, pois os relatórios alegados foram entregues na forma de CD, em substituição à forma reclamada pelo autuado, 3.600 folhas impressas.

Afirma que a diligência realizada pela ASTEC corrigiu apenas alguns valores relativos a provas apresentadas na defesa, e que não lhe foram apresentadas inicialmente, o que no seu entendimento não conduz a nulidade pretendida pelo defendente.

Requer que a autuação seja mantida parcialmente, com valor devido, o que foi apurado na diligência realizada pela ASTEC.

A 3ª JJF inicia seu voto afastando o pedido de diligência sugerido pelo autuado por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal efetuada por estranho ao feito.

Sob a pretensa nulidade, arguida pelo contribuinte com base nos argumentos de cerceamento do direito de defesa e erro de procedimento fiscal na execução do levantamento, informa o ilustre relator da 3ª JJF que no primeiro caso a entrega de um CD contendo relatórios TEFs, ao invés de relatórios impressos, satisfaz plenamente a determinação da diligência. Quanto ao segundo argumento, erro de procedimento fiscal na execução do levantamento, tal assertiva não deve prosperar, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e as falhas identificadas no levantamento fiscal foram devidamente corrigidas através de diligência realizada por fiscal estranho ao feito, em consonância com o disposto no art. 18, § 1º do RPAF/99.

No mérito, informa a JJF que o autuante agiu em consonância com o que estabelece o art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, cujo teor é reproduzido no art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA,

O autuado na defesa apresentada alegou que na maioria dos meses relativos ao período fiscalizado, as vendas declaradas por ele foram superiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito ou débito, exceto os meses de março e abril de 2003 e que não existe a infração apontada.

Sabe-se que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), deve obedecer a uma sequência de procedimentos, que se cumpridos permite identificar o valor total

de vendas realizadas através de cartão em comparação com o valor informado pela empresa administradora de cartão de débito ou crédito.

Pelo exposto, assevera o ilustre relator da 3ª JJF, numa interpretação extensiva é lógico que a presunção prevista na Lei refere-se à comparação dos valores de vendas registradas no ECF do contribuinte em cartão e os valores informados pela empresa administradora de cartão de crédito, e não a interpretação dada pelo contribuinte de que não deve ser exigido o imposto a título de presunção quando as vendas declaradas forem superiores às informadas pelas empresas administradora de cartão. As vendas declaradas, que o impugnante alega superiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão, englobam todas as modalidades de pagamento (dinheiro, cartão, cheque, etc.) e não pode ser comparado apenas com as vendas em cartão, motivo pelo qual, não pode ser acolhida a pretensão do impugnante.

No que se refere à alegação de que em alguns casos foram registradas vendas em dinheiro, mas de fato ocorreram vendas através de cartão, esclarece a JJF que, diante da acusação o autuado deveria trazer ao processo prova de suas alegações através de cópias de cupons fiscais e respectivos boletos assinados pelos clientes, com indicação dos valores das vendas e que indevidamente foram informadas pela empresa Administradora de Cartão de Crédito. Ressalta que na diligência determinada, foram entregues ao contribuinte, os relatórios diários das Transferências Eletrônica de Fundos (TEF), fornecidos pela empresa administradora de cartão, o que possibilitou ao defendente identificar qual cupom fiscal teria sido indicado pagamento em cartão em lugar de dinheiro. Como nada foi apresentado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

A alegação trazida pelo autuado que exerce atividade de supermercado e lanchonete, e que parte das operações de vendas tiveram o imposto pago antecipado, observa o ilustre relator, que a presunção da omissão prevista na legislação é relativa a operações tributáveis. A Decisão contida no Acórdão JJF nº 0215-01/02, para aplicar o critério de proporcionalidade não é definitiva e não corresponde a prevalência das decisões manifestadas por este Conselho. Em outras decisões do CONSEF, quando constatado que na quase totalidade as operações de vendas praticadas, tiveram o imposto pago antecipadamente, tem sido declarado inadequada à aplicação do roteiro da auditoria.

Quanto à alegação do contribuinte de que só se tornou exigível a indicação no cupom fiscal do meio de pagamento da operação ou prestação, a partir de 21/01/04 com a edição do Decreto nº 8.882/04, observa a JJF que este procedimento já era previsto no Convênio ICMS nº 57/95, mesmo antes de ser regulamentado, portanto era legal. Ademais, o equipamento eletrônico do defendente indicava as formas de pagamento, como pode ser constatado à vista da cópia do documento juntado com a defesa à fl. 562, em que a leitura X indica como forma de pagamento “dinheiro, cheque, cartão de crédito, vasilhame, rec. diversos”, o que possibilita identificar corretamente as vendas realizadas por meio de cartão de crédito. Quanto a Decisão citada do Acórdão CJF nº 0139-11/05, trata-se de uma única Decisão neste sentido prolatada pelo CONSEF, mas que não representa a prevalência das decisões proferidas, motivo pelo qual não pode ser acatada tal alegação.

Considerando que a ASTEC/CONSEF refez os demonstrativos acatando as operações de “sangria” foi apurado débito total de R\$105.706,36, resultado aprovado a unanimidade pela JJF, que considerou o Auto de Infração Procedente em Parte.

O Recurso Voluntário impetrado pelo autuado, ora recorrente, busca desclassificar o Auto de Infração lavrado com a acusação de omissão de saída de mercadoria tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (01/2003 a 03/2004).

Preliminarmente o requerente protesta pela entrega de “cópia” dos demonstrativos indicativos de todas as operações diárias informadas pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito, tudo como determinou o ilustre relator da 3ª JF. Aduz o recorrente que o fornecimento da movimentação através de meio magnético (CD), descumpra a forma regulamentar prescrita no RPAF, caracterizando descumprimento ao devido processo legal, em flagrante cerceamento do direito de defesa.

No mérito o recorrente diz que o autuante imputou-lhe a penalidade com base no que determina o art. 2º, VI, § 3º do RICMS, situação alegada pela defendente que jamais se verificou, salvo nos meses de março e abril de 2003, não ocorrendo em nenhum outro momento o excesso de valores informados pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito, sobre os valores das vendas efetuadas pelo contribuinte, e que tal assertiva pode se verificar em simples análise dos valores das saídas registrados nos DMAs.

Alega mais o recorrente, que por ser empresa do ramo de supermercados, opera de forma significativa, com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, em volume próximo a 50%, fato ignorado pelo autuante, mesmo conhecendo Decisão do CONSEF, Acórdão JF nº 0215-01/02, diz que o critério da proporcionalidade mais que um benefício é um direito.

Quanto aos relatórios de movimentação apresentados pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito por meio magnético, impediu o autuado de manifestar seu pleno direito de defesa. O recorrente faz juntada ao PAF amostragem de alguns dias dos meses de janeiro a abril de 2003 e janeiro a março de 2004 onde diz comprovar que muitas das operações lançadas como vendas através de cartão de crédito se encontram registradas nos equipamentos de ECF, como venda à vista. A fim de comprovar suas afirmativas o recorrente requer perícia técnica para com a elaboração de novos demonstrativos de débito indique qual o valor remanescente apurado pela ação fiscal.

Por fim, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração na forma pedida preliminarmente, e no caso do CONSEF entender ultrapassada a nulidade argüida, pede a aplicação do critério da proporcionalidade entre as operações tributáveis e as com fase de tributação encerrada, além do deferimento da perícia encaminhada.

A representante da PGE/PROFIS após breves, mas precisas observações sobre o PAF, diz assistir razão ao autuado quando da alegação da nulidade, por entender que todos os documentos que compõem o Auto de Infração devem ser entregues ao contribuinte para que este possa exercer de forma plena o seu sagrado direito de defesa.

A simples entrega dos relatórios das administradoras de Cartões de Crédito, na forma de documento eletrônico, não é correta, pois não cabe ao contribuinte a impressão de mais de 3.000 documentos para que possa exercer o seu direito de defesa, já que tais documentos foram o embasamento para a autuação, sendo assim, assevera a ilustre procuradora, os documentos são elementos da acusação e não documentos a serem elaborados pela defesa.

Diante do exposto opina pela decretação da Nulidade da Decisão recorrida e pugna pela reabertura de prazo de defesa após a entrega dos documentos citados.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente pretende reformar a Decisão recorrida, expressa no Acórdão nº 0468-03/05, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração objeto do presente julgamento.

Em caráter preliminar o recorrente protesta pela entrega de “cópia” dos demonstrativos indicativos de todas as operações diárias informadas pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito, tudo como determinou o ilustre relator da 3ª JF. Aduz que o fornecimento da

movimentação através de meio magnético (CD), descumpre a forma regulamentar prescrita no RPAF, caracterizando descumprimento ao devido processo legal, em flagrante cerceamento do direito de defesa.

Por outra parte traz aos autos inúmeros documentos para demonstrar que houve erro nos lançamentos de vendas por Cartão de Crédito ou Débito, como sendo vendas a vista. Alega que por ser empresa do ramo de supermercados, opera de forma significativa, com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, em volume próximo a 50%, fato ignorado pelo autuante, mesmo conhecendo Decisão do CONSEF, Acórdão JJF nº 0215-01/02, diz que o critério da proporcionalidade mais que um benefício é um direito.

Entendo, tal como opinou a Douta representante da PGE/PROFIS, que é direito do contribuinte receber todos os documentos para o exercício pleno do seu direito de defesa. A entrega dos documentos da maneira como se procedeu, por meio magnético não descumpre a forma regulamentar prescrita no RPAF. Entretanto, verifico que o CD, por não está autenticado pela SEFAZ, não oferece a segurança necessária, permitindo a violação dos dados nele constantes. De modo que voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, considerando PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

Os autos devem retornar à Primeira Instância para que sejam fornecidos ao contribuinte os demonstrativos em papel ou em CD, desde que devidamente autenticado pela Secretaria da Fazenda.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 180642.0049/04-0, lavrado contra **BARRETO PEIXOTO SUPERMERCADOS E LANCHONETES LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para proferir nova decisão, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS