

PROCESSO - A. I. Nº 156743.0026/04-6
RECORRENTE - ILHÉUS CELULAR E ELETROELETRÔNICOS LTDA. (SE LIGUE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0004-04/06
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 18/05/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0183-12/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Afastada a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo Autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n.º JJF 0004/04-06, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração exige ICMS no valor total de R\$4.187,62, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado ingressou com defesa, argumentando que as vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito são regularmente lançadas na contabilidade, conforme pode ser comprovada através do seu livro Caixa.

Asseverou que a perícia contábil se destina a verificar a regularidade, certeza e exatidão em confronto com os documentos que lhes deram origem e os embasam, pois o lançamento sem lastro em documento existente é ato inexistente, tem aparência e forma, mas falta-lhe o essencial: o documento que o validaria.

Reconheceu que em algumas vendas com pagamento através de cartão de crédito ou de débito não foram citadas essas condições nos documentos emitidos, por razões diversas e reconhecidas no meio empresarial. Aduziu que quem efetua as vendas são os empregados e esses são devidamente instruídos dos procedimentos obrigatórios na emissão dos documentos fiscais, portanto, é possível que um ou outro documento seja emitido incompleto, sem, no entanto, deixar de registrar as obrigações essenciais.

Salientou que o único ilícito tributário que se poderia imputar à autuada seria o de multa por descumprimento de obrigação acessória de fazer. Entretanto, como o principal não ocorreu, entende que nem essa multa é cabível.

Alegou, ainda, que, ao se efetuar o confronto entre as saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito ou de débito com as vendas totais, verifica-se que estas são sempre superiores, portanto não há omissão de receita.

Ao final, pediu que este Conselho de Fazenda julgasse improcedente o presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal, salientando que o fato gerador se baseou na diferença entre o Relatório de Informações TEF, com os valores informados pelas administradoras e o levantamento dos documentos apresentados pelo contribuinte, tendo sido apurado o débito a partir daí.

Finalizou pedindo a manutenção dos termos da autuação.

Através do Acórdão JJF N.º 0004/04-06, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) consoante o disposto no § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, *“o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”*;
- b) o autuado não apresenta em sua defesa nenhum cupom fiscal que possa elidir a ação fiscal, daí porque, como a infração apurada *“está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/97, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, entendendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98)”*.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JJF, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, argumentando que confirma *in totum* as suas alegações deduzidas na peça defensiva, solicitando o reexame da matéria discutida em primeira instância. Aduz que no presente caso a cobrança é injusta duplicada, tendo em vista que quando da realização da venda esta foi tributada normalmente, não podendo o fato da falta de indicação da forma de pagamento ser considerado como base de cálculo, sob pena de duplicidade no pagamento do imposto. Aduz que o fato gerador, segundo Relatório da Decisão recorrida e da informação do autuante, se baseou na diferença entre o Relatório de Informações – TEF, com os valores informados pelas administradoras e o levantamento dos documentos apresentados pelo contribuinte, tendo sido apurado o débito deste cotejamento, documento que, em momento algum, foi apresentado ao contribuinte. Assevera que no dia 17/02/2006 foi protocolada na INFAZ de Ilhéus – proc. n.º 024881/2006-4, cuja cópia anexa, um requerimento solicitando cópia da informação fiscal prestada pelo autuante, no entanto até a presente data não foi o recorrente atendido na sua solicitação. Alega que o referido documento é imprescindível para que o contribuinte pudesse contestar, ou não, a informação fiscal dada pelo autuante, o que somente vem prejudicar a defesa do contribuinte. No caso vertente, prossegue, não tendo o Auto de Infração comprovado materialmente como documento inequívoco o ingresso de uma receita ou riqueza, baseando as suas afirmativas meramente, exclusivamente e supostamente, na indicação de que houve omissão de saída de mercadoria tributada por meio do confronto das informações fornecidas pelas Administradoras e Operadoras de Cartão de Crédito com os documentos fornecidos pelo contribuinte, ou seja, os Cupons Fiscais, sem no entanto efetuar perícia na contabilidade e demais livros Fiscais da empresa para comprovação inequívoca. Daí porque estão exigindo impostos e contribuições, no caso em tela o ICMS, sem prova material concreta, documentada, da efetiva ocorrência do fato gerador. Questiona: desde quando a falta de indicação da forma de pagamento em vendas efetuadas com cartão de crédito ou débito e/ou outras formas de pagamento, são provas inequívocas de omissão de receita? Argumenta que o Auto de Infração

não foi baseado, como deveria, no Decreto n.º 6.284/97, questionando qual o enquadramento que se aplica no caso da falta de indicação na emissão de documentos fiscais, notas fiscais, cupons fiscais, etc., da condição ou forma de pagamento? Aduz que é ato relevante e inafastável que, se o agente do fisco encontra qualquer irregularidade, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa irregularidade, à luz da Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do Auto de Infração e da imposição da multa, porque depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio Fisco, qualquer tentativa de descaracterizar a irregularidade será inútil.

Assevera que a presunção é aplicada quando na verdade não existem outros meios lícitos de apurar faltas/diferenças, o que não foi o caso porque em nenhum momento isto fica demonstrado. Após analisar o processo operacional da venda, prossegue, constata-se que em diversos casos as vendas a cartão de crédito/débito (pagamento único) estavam sendo registradas como forma de pagamento – Dinheiro, em decorrência principalmente de uma interpretação, agora julgada equivocada, que referidas vendas são consideradas à vista, portanto consideradas como Dinheiro. Informa que o ilustre auditor se baseia tão somente na informação constante na redução “Z” como forma de pagamento, este pode ter sido induzido a interpretações distorcidas.

Em seu Parecer, o ilustre representante da PGE/PROFIS entende que a presunção brandida contra o recorrente tem arrimo no disposto no art. 4.º, § 4.º, da Lei n.º 7.014/96, cujo teor transcreveu, asseverando que caberia ao autuado fazer prova contrária à presunção normativa colacionando aos autos os documentos fiscais que elidissem a divergência apontada pela administradora de cartão, tendo o contribuinte se limitado ao uso da contestação administrativa genérica, não carreando à lide ora exposta nada substancialmente forte a elidir a infração ora apreciada, restando claro o intuito protelatório da presente súplica recursal. Ao final, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCIDO

Da análise dos elementos e documentos que compõem o presente PAF e, principalmente, em face da única infração que o integra, em consonância e coerência com outros julgados da nossa lavra proferidos, faz-se mister suscitar *ex officio* a nulidade do presente Auto de Infração.

Isso porque durante os meses de dezembro dos anos de 2002 e 2003, objeto da presente autuação, não estava o contribuinte, ainda, obrigado a registrar o meio de pagamento no encerramento de suas vendas realizadas através de ECF, não sendo possível ao Fisco, portanto, aplicar a presunção insculpida na legislação, em que fulcrada a presente autuação.

Nesse sentido, invoco o precedente julgado pela Egrégia 1.ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n.º 0139-11/05, da lavra do eminente Relator Ciro Roberto Seifert, que decidiu pela nulidade da ação fiscal, em caso semelhante ao presente, fazendo-o com esboço nos argumentos a seguir enunciados:

*“Para as operações internas, as regras devem ser referendadas mediante a edição de Decreto Estadual, e, por incrível que pareça, o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela **Alteração nº 51** a este Regulamento (Decreto nº 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04), e só a partir desta data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.*

Também examinei o Decreto nº 7636/99, que disciplinava o uso de ECF antes do RICMS o fazê-lo, e lá nada encontrei que previsse tal obrigação.

Os autuantes partiram do cupom redução em ‘Z’, dado ‘venda em cartão de crédito/débito’, para efetuar o comparativo com o que fora informado pelas administradoras de cartão de

crédito/débito, e, ao encontrarem diferenças, aplicaram o que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, para utilizar a presunção legal da ocorrência de omissões de saídas tributáveis.

Porém, como já dito, apenas a partir de 21-01-2004, o contribuinte passou a ser obrigado a registrar o meio de pagamento, no encerramento das vendas realizadas através de ECF. A contrário senso, vale dizer que até aquela data não existia tal obrigação.

Assim, concluo que os autuantes utilizaram uma base de dados – cupom redução ‘Z’ – não fidedigna, para a comparação que realizaram, por ausência de previsão legal para a sua geração.

As únicas comparações possíveis, até a data mencionada, seriam os totais das vendas com os totais informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, ou operação a operação.” (grifo nosso)

Destarte, inquinado de nulidade se apresenta o presente Auto de Infração, referente a períodos anteriores a janeiro de 2004, razão pela qual, *ex officio*, damos PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, julgando NULA a presente autuação.

VOTO VENCEDOR

Não obstante a excelente qualidade do voto proferido pelo ilustre relator, divirjo de seu entendimento, pois considero que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator, segundo a qual no período abarcado pela presente autuação ainda não estava em vigor a obrigatoriedade do contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS-BA/97 em 21/01/04.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a partir de 21/01/04. Contudo, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicar, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05 não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Quanto à alegada solicitação de cópia da informação fiscal, entendo não essa possível falha processual não trouxe qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa, uma vez que na informação fiscal não foi aduzido qualquer elemento novo.

Adentrando no mérito, não acolho a alegação recursal de que todas as suas operações de vendas são regularmente lançadas, pois o levantamento fiscal que embasa a presente autuação prova exatamente o contrário. Também não merece melhor sorte o argumento de que funcionários do recorrente se equivocaram na emissão de documentos fiscais, pois esse fato não restou comprovado no processo.

As vendas totais do estabelecimento superiores às informadas pelas administradoras de cartão de crédito não elidem a acusação, pois a auditoria fiscal em tela compara apenas as operações de saídas de mercadorias registradas nos ECFs com as informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

Não vislumbro a alegada duplicidade de cobrança citada no Recurso Voluntário, uma vez que o imposto que está sendo exigido refere-se a cupons fiscais que deixaram de ser emitidos e, portanto, as operações de saídas em questão não foram submetidas à tributação.

Saliento que a exigência fiscal está baseada em prova conclusiva que autoriza a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, uma vez que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração comprovam a ocorrência de divergências a documentação fiscal emitida pelo

recorrente e as operações de saídas de mercadorias, pagas mediante cartão de crédito e/ou débito, informadas pelas administradoras. Nos termos do citado dispositivo legal, cabe ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, o que não foi feito.

Observo que os créditos fiscais a que o recorrente fazia jus na condição de empresa optante pelo Regime do Simbahia foram considerados pela autuante. Não havendo, assim, nenhuma correção a ser feita no valor do imposto apurado.

Em face do comentado acima, comungo com o entendimento externado pela douda PGE/PROFIS, pois o recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento novo capaz de elidir a presunção legal que embasou a autuação e, por via de consequência, modificar a Decisão recorrida, a qual está correta e não merece nenhum reparo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **156743.0026/04-6**, lavrado contra **ILHÉUS CELULAR E ELETROELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.187,62**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ÁVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

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