

**PROCESSO** - A. I. Nº 019290.0013/05-0  
**RECORRENTE** - POSTUDO RESTAURANTE E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0021-05/06  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 18/05/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0189-12/06

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A Decisão recorrida foi proferida com preterição do direito de defesa. Deve o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento. Acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (5ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$48.703,63, em decorrência de 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 informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação, alegando que a mesma está baseada em mera presunção, pois não foi apontada a ocorrência da hipótese de incidência do imposto, nem comprovado o fato que caracteriza a obrigação tributária ou a suposta irregularidade fiscal.

No mérito, afirma que somente com o advento do Decreto nº 8.882/04, que introduziu o §7º, no art. 238, do RICMS/BA, é que surgiu a obrigação de que o Cupom Fiscal indicasse o meio de pagamento utilizado na respectiva operação. Acrescenta que as vendas registradas são superiores aos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito. Aduz que os valores exigidos na autuação já foram tributados pelo regime do SimBahia. Informa que foi autorizada pela SEFAZ para utilizar uma ECF, modelo Bematech – IF MP-20 FI, o qual não detalha as formas de pagamentos da vendas realizadas.

Na informação fiscal, o autuante diz que, segundo orientação da Diretoria de Tributação, quando os valores das vendas lançadas na redução “Z” não identificam a forma de pagamento ou quando informam valor igual a zero ou inferior aos declarados pelas Administradoras de Cartão de Crédito, deverá ser lavrado Auto de Infração pela totalidade ou pela diferença apurada. No mérito, entende ser inquestionável a cobrança fiscal, dizendo que toda a motivação do ato é provida de certeza, segurança e exatidão.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, para que fosse entregue ao autuado cópia dos Relatórios de Informações TEF constando a discriminação de suas operações, bem como para que fosse reaberto o prazo de defesa por trinta dias. Foi ainda solicitado que o autuado anexasse ao processo as cópias dos comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e dos respectivos documentos fiscais.

O autuado recebeu os relatórios acima mencionados (fls. 79/80), bem como foi intimado (fl. 78) a apresentar os demonstrativos e os comprovantes, porém não se pronunciou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0021-05/06, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida afastou a preliminar de nulidade, argumentando que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Ressaltou que o autuado recebeu cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante, bem como dos Relatórios de Informações TEF, constando as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito. Explicou que a infração apurada está tipificada no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, cujo teor transcreveu.

Ao adentrar no mérito, o ilustre relator assim fundamentou o seu voto:

*O autuado, no que diz respeito ao mérito da autuação, alegou que a empresa foi autorizada pela SEFAZ para utilizar uma ECF, modelo Bematech – IF MP-20 FI, e que este modelo não oferece condições para que as leitoras de cartão de crédito sejam acopladas ao seu “software” operacional, o que implica no não detalhamento, na redução “z”, das formas como as vendas foram pagas. Considera que a referida ausência de detalhamento jamais poderia servir de pretexto para o fisco presumir sonegação fiscal.*

*Diante das alegações defensivas, esta JJF converteu o processo em diligência à Inspeção de Origem, para que fosse entregue ao autuado, mediante recibo específico, cópia dos Relatórios de Informações TEF constando a discriminação de suas operações, além de informá-lo da reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias para, querendo, se manifestar, bem como apresentar demonstrativo, relacionando 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.*

*Foi ainda solicitado que o autuado anexasse ao processo, as cópias dos comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e dos respectivos documentos fiscais, visando comprovar o seu demonstrativo bem como suas alegações.*

*No entanto, o autuado recebeu os relatórios acima mencionados (fls. 79/80), bem como foi intimado (fl. 78) a apresentar os demonstrativos e os comprovantes também acima citados, porém não atendeu a solicitação.*

*Dessa forma, entendo que resta caracterizada a infração, pois conforme a transcrição acima do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Nessas condições, fica autorizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, ou seja, o ônus da prova passa a ser do autuado.*

*Como o impugnante não elidiu a presunção em comento, e tendo em vista, ainda, o que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, argumentando que a diligência solicitada pela Primeira Instância à fl. 74 dos autos não foi atendida plenamente, pois não lhe foi concedido o prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa. Salienta que, no dia 07/12/05, foi intimado a apresentar ao autuante no prazo de cinco dias o demonstrativo citado na intimação de fl. 78, não havendo, assim, a reabertura do prazo de defesa determinada na diligência.

Ainda em preliminar, alega que a Decisão recorrida não apreciou todas as questões suscitadas na defesa, o que diz tornar nulo o Acórdão recorrido.

No mérito, alega que a autuação não procede, pois, em relação ao período anterior a 21/01/04, não estava obrigado a indicar no cupom fiscal o meio de pagamento utilizado nas operações realizadas. Salienta que, apenas com o advento do Decreto nº 8.882, foi introduzido o § 7º ao art. 238 do RICMS-BA. Para embasar sua tese, transcreve ementas de decisões deste CONSEF.

Argumenta que as vendas registradas no período são superiores às informadas pelas administradoras de cartão de crédito. Diz que esse fato elide a presunção contida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96. Cita valores constantes nas DMEs e nas declarações de administradoras de cartão de crédito. Também menciona que os valores considerados pelo autuante já foram tributados pelo regime do SimBahia. Em apoio às suas alegações, cita decisões deste colegiado.

Sustenta que o seu ECF, modelo BEMATEC ECF – IF MP-20 FI não permite o registro separado dos valores recebidos, conforme comprovam os documentos de fls. 114 a 117. Aduz que, no ramo de restaurantes, geralmente as despesas são divididas e os pagamentos referentes a um só cupom fiscal são feitos mediante o uso de cartões de créditos/débitos de pessoas e bandeiras diferentes, o que diz inviabilizar a pesquisa a partir das fitas-detalhe.

Aduz que mantém controle de suas operações mediante o uso de um “software” independente (Sistema Colibri), o qual distingue os valores recebidos, segundo a forma de pagamento. Diz que, com base nas informações obtidas desse sistema, elaborou demonstrativos mensais que comprovam que todas as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito foram tributadas normalmente. Às fls. 143 a 780, acostou ao processo cópia desses referidos demonstrativos, bem como dos controles emitidos pelo Sistema Colibri.

Ao finalizar, solicita que a Decisão recorrida seja declarada nula por cerceamento de defesa ou, caso assim não entenda este colegiado, que seja o Auto de Infração julgado improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 783 a 789, o ilustre representante da PGE/PROFIS discorre, inicialmente, sobre a obrigatoriedade de uso de equipamento emissor de cupom fiscal, transcrevendo dispositivos legais pertinentes à matéria. Em seguida, afirma que não há como prevalecer a alegação referente à impossibilidade dos ECFs discriminar as operações de vendas realizadas, pois o recorrente, nos termos do disposto no art. 824-E, § 4º, do RICMS-BA, autorizou que as administradoras informassem à SEFAZ as vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito.

Sustenta que a presunção que embasou a autuação tem amparo no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, cujo teor transcreveu. Diz que o recorrente em diversas oportunidades deixou de fazer prova contrária à referida presunção legal. Aduz que, desde 01/01/02, por força do disposto no art. 824-E, § 7º, do RICMS-BA, já existia a obrigatoriedade de se discriminar a forma de pagamento das vendas feitas por ECF. Menciona que a Cláusula Quarta do Convênio 01/98 também previa tal obrigação. Ao finalizar, o ilustre parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Antes de adentrar no mérito da lide, o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, uma vez que a diligência determinada pela Primeira Instância não foi totalmente cumprida.

Analisando a solicitação de diligência acostada à fl. 74, constato que a 5ª JF, dentre outras providências, determinou que, após a entrega dos Relatórios de Informações TEF com a discriminação das operações realizadas, fosse reaberto o prazo de defesa em trinta (30) dias. Essa determinação da Primeira Instância era necessária e estava de acordo com reiteradas decisões deste CONSEF, pois os Relatórios de Informações TEF – Anuais (fls. 12 e 13), por não detalharem as operações realizadas, não permitiam o exercício do amplo direito de defesa.

Ao atender a diligência, o autuante acostou ao processo os seguintes documentos:

- a) uma informação dirigida à ASTEC do CONSEF (fl. 77), datada de 13/12/05, onde é aduzido que o recorrente foi intimado em 07/12/05 a comparecer à Inspeção de Atacado e Serviços no dia 13/12/05, para apresentar demonstrativos e comprovantes.
- b) uma intimação (fl. 78), datada de 07/12/05, onde é determinado que seja apresentado “*o demonstrativo das operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradora de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, mensalmente, com os boletos de pagamentos correspondentes relativos aos exercícios de 2003 e 2004*”.
- c) dois documentos denominados de “Recibo de Arquivos Eletrônicos” (fls. 79 e 80).

Após examinar esses documentos que compõem a diligência, constato que o recorrente não foi notificado acerca da reabertura do prazo de defesa, conforme alegado na preliminar de nulidade. Além disso, verifico que o recorrente teve apenas o prazo de cinco dias para entregar os demonstrativos e comprovantes solicitados na intimação de fl. 78. Nessa situação, entendo que a diligência não foi atendida conforme determinado pela Primeira Instância, acarretando cerceamento do direito de defesa, o que, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99, nulifica a Decisão recorrida, já que proferida com preterição do direito de defesa.

Além do vício acima, o qual já é suficiente para nulificar a Decisão recorrida, observo que as alegações defensivas não foram devidamente apreciadas na Primeira Instância. Não consigo vislumbrar no voto proferido qual o posicionamento da Junta de Julgamento acerca da tese defensiva segundo a qual as vendas totais do recorrente são superiores às informadas pelas administradoras de cartão de crédito. Também observo que na Decisão recorrida não foi abordado o argumento defensivo de que só a partir de 21/01/04 estavam as empresas obrigadas a indicar nos cupons fiscais o meio de pagamento adotado em cada operação. Essas omissões tornam a Decisão recorrida nula, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 18, II e III, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, acolho as preliminares de nulidade suscitadas, pois a Decisão recorrida foi proferida com preterição do direito de defesa e sem a devida fundamentação, nos termos do art. 18, II e III, do RPAF/99.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar nula a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **019280.0013/05-0**, lavrado contra **POSTUDO RESTAURANTE E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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