

PROCESSO - A. I. Nº 156896.0020/04-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NARANDIBA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - NARANDIBA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0398-04/05
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 05/07/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0272-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado, mediante diligência, que o equipamento emissor de cupom fiscal não discriminava os meios de pagamento das operações realizadas. Impossibilidade técnica de ser aplicado o roteiro de fiscalização em decorrência da limitação do equipamento do recorrente. Infração nula por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o montante do imposto devido. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado em 14/09/2004 para exigir ICMS, no valor de R\$90.804,35, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, pois não lhe foi fornecida relação detalhada das compras efetuadas mediante cartões de crédito e/ou débito. Alegou que o seu ECF-MR não discrimina as operações pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito. Solicitou diligência.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que é favorável à realização de diligência.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC para que:

- a) fosse verificado se o ECF-MR utilizado pelo autuado registrava as vendas através de cartão de crédito;
- b) fossem incluídos na auditoria os cupons fiscais que pudessem ser conferidos com os comprovantes de cartão de crédito e/ou débito;
- c) fosse elaborado um novo demonstrativo de débito.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 0146/2005. Nesse Parecer, o diligenciador afirma que *não encontrou na documentação que especifica tecnicamente o equipamento emissor de cupom fiscal usado pelo autuado no período da ação fiscal (general ECF-MR, modelo G-930E), indicação que tal equipamento discriminasse o meio de pagamento no período fiscalizado*. Mencionou o preposto da ASTEC que, segundo um auditor especializado em fiscalizar estabelecimentos com equipamentos emissores de cupom fiscal, o ECF-MR do autuado poderia, de fato, não discriminar o meio de pagamento das vendas realizadas.

Segundo o parecerista, o autuado apresentou 900 bobinas e 24.000 cupons de cartão de crédito. Contudo, em razão de o autuado não identificar nos cupons de cartões de crédito os correspondentes cupons fiscais, consoante determina o artigo 824-E do RICMS/BA, não foi possível verificar se houve a emissão de documentos fiscais para as operações quitadas por meio de cartão de crédito. Aduziu que apenas compras no valor de R\$714,15, efetuadas no dia 03/01/2003, foram pagas através de cartão de crédito, o que reduziu o débito global de R\$90.804,35 para R\$90.682,93, conforme novo demonstrativo de débito.

Ao se pronunciar acerca do resultado da diligência, o autuado reiterou os termos da peça defensiva e das manifestações posteriores.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0398-04/05, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte. Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora afastou as preliminares de nulidade, argumentando que não houve cerceamento de defesa, pois o Auto de Infração foi lavrado em consonância com o art. 39 do RPAF/99. Ao adentrar no mérito, a ilustre relatora, em síntese, assim se pronunciou:

O trabalho fiscal baseou-se no cupom redução em “Z”, “venda em cartão de crédito/débito”, para efetuar o comparativo com o que fora informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito, e, ao encontrar diferenças, o autuante aplicou o que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei n.º 7.014/96, para utilizar a presunção legal da ocorrência de omissões de saídas tributáveis.

Contudo, somente 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, portanto a exigência fiscal relativa ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 não é legítima, devendo os valores relativos àqueles períodos serem expurgados do lançamento ora discutido.

Ao finalizar, a ilustre relatora apresenta demonstrativo de débito do valor remanescente, no montante de R\$ 6.324,49, e vota pela procedência parcial do Auto de Infração nesse valor.

Considerando que a desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o autuado apresenta Recurso Voluntário, onde reitera os argumentos expendidos na defesa inicial e nas manifestações posteriores. Em seguida, suscita a nulidade da autuação, conforme passo a relatar.

Sustenta que o roteiro de auditoria fiscal empregado é inadequado para o tipo de seu estabelecimento comercial, cuja maioria das operações de saídas é isenta, não tributável ou com fase de tributação encerrada. Diz que este CONSEF tem decidido pela nulidade de Autos de Infração lavrados contra estabelecimentos que se encontram nessa situação.

Afirma que só a partir da publicação do Decreto nº 8882, de 20/01/04, passou a ser obrigado a discriminar nos cupons fiscais os meios de pagamentos. Menciona que, no entanto, só passou a atender essa determinação a partir de 15/01/2005, o que diz ser um mero descumprimento de obrigação tributária acessória, sendo cabível a multa de R\$50,00.

Alega insegurança na determinação da infração, sob o argumento de que o autuante não examinou as cerca de 900 bobinas colocadas à disposição do fisco. Diz que não recebeu cópia do relatório TEF, discriminando as operações informadas pelas administradoras de cartão.

Destaca que as vendas totais nos períodos fiscalizados são superiores às informadas pelas administradoras de cartão de crédito, conforme DMAs e demonstrativos que anexa ao processo. Menciona que as “leituras Z” dos seus ECFs não identificavam as vendas com cartão de crédito.

Para embasar as preliminares de nulidade citadas acima, o recorrente transcreve diversas ementas de decisões deste CONSEF.

Ao adentrar no mérito, diz que a mera divergência entre o total constante na redução “Z” e as informações prestadas pelas administradoras de cartão não é motivo suficiente para se proceder a autuação, cabendo à SEFAZ utilizar outras técnicas de auditoria fiscal que permitam a verificação

de supostas irregularidades. Sustenta que o resultado apurado pela fiscalização não retrata a verdade dos fatos. Transcreve ementas de decisões deste CONSEF.

Salienta que não houve falta de emissão de documento fiscal, pois todas as operações de vendas efetuadas foram registradas no ECF-MR como se fossem a dinheiro. Aduz que a documentação fiscal continua à disposição, para qualquer diligência.

Diz que no período fiscalizado estava enquadrado no Regime do SimBahia, na condição de Empresa de Pequeno Porte, recolhendo o ICMS sobre a receita bruta.

Ao finalizar, solicita que as nulidades sejam acolhidas. Diz que, não obstante o reconhecimento das nulidades, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 155-A do RPAF/99.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para a emissão de Parecer conclusivo, foi sugerida a realização de diligência, para que fosse verificada a pertinência das alegações recursais, notadamente se as mercadorias comercializadas pelo recorrente são isentas ou não tributadas.

Submetido o processo à pauta suplementar, decidiu a 2^a CJF converter o processo em diligência à ASTEC, para atender à solicitação da PGE/PROFIS.

Efetuada a diligência, foi emitido o Parecer ASTEC nº 13/2006, tendo o diligenciador informado que em razão do não atendimento das intimações, a diligência ficou parcialmente prejudicada. Informou o preposto da ASTEC que, após a exclusão da autuação dos valores comprovados nos documentos de fls. 179 a 184, o débito apurado na Decisão recorrida, no valor de R\$6.324,49 ficou reduzido para R\$6.301,55, conforme demonstrativo à fl. 335.

Cientificado do resultado da diligência, o recorrente reiterou os argumentos já expendidos anteriormente e, ao final, afirmou que apenas descumpriu obrigação tributária acessória, pela qual cabe a multa de R\$50,00.

Notificado acerca diligência efetuada, o autuante não se pronunciou.

Ao exarar o Parecer de fls. 361 a 364, o ilustre representante da PGE/POFIS discorre sobre a presunção legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) que embasou a autuação. Em seguida, explica que é com base nas informações lançadas na redução “Z” que a fiscalização tributária desenvolve as suas atividades. Diz que as alegações do recorrente, relativamente à não obrigatoriedade da discriminação das espécies de vendas, são insubstinentes. Ao finalizar, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2^a CJF decidido que o mesmo está em condições de julgamento.

VOTO

Início o presente voto apreciando o Recurso Voluntário e, de pronto, passo a analisar as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Afasto a preliminar referente à alegação de que as operações de saídas realizadas pelo estabelecimento eram isentas, não tributadas ou com fase de tributação encerrada, pois o recorrente, um estabelecimento comercial do ramo de supermercados, também vende mercadorias tributadas, o que não impede a aplicação do roteiro de auditoria em questão.

Não acolho a tese recursal de que, no período fiscalizado, não havia dispositivo regulamentar que o obrigasse a discriminar nos cupons fiscais os meios de pagamento das operações de saídas realizadas. Desde 01/01/03, o § 3º do art. 824-E do RICMS-BA já previa essa obrigação tributária acessória. Os Acórdãos citados pelo recorrente não refletem o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Quanto às 900 bobinas de ECF-MR colocadas à disposição do fisco, ressalto que o roteiro de auditoria fiscal empregado, por ser uma fiscalização sumária, não exigia o exame das referidas bobinas e, sim, das reduções “Z”, o que foi feito pelo autuante. Nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cabia ao recorrente comprovar a improcedência da presunção legal que embasou a autuação. Por seu turno, os relatórios TEF foram entregues ao recorrente, mediante diligência.

Não enseja a nulidade do presente lançamento o fato de as vendas totais do recorrente superarem as informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, pois apenas as vendas pagas com cartão devem ser confrontadas com as informadas pelas administradoras.

Prosseguindo na análise das preliminares, observo que os demonstrativos de fls. 12 e 14 evidenciam que, no período fiscalizado, as vendas efetuadas pelo recorrente pagas mediante cartão de crédito e/ou débito constantes nas reduções “Z” foram sempre zero. Isso quer dizer que todas as reduções “Z” auditadas não registravam qualquer valor referente a vendas a cartão.

Examinando as fitas-detalhes e os recibos dos cartões de crédito e/ou débito acostados às fls. 19 a 32 e 179 a 184, contato que, efetivamente, as reduções “Z” do ECF-MR do recorrente não informavam quais os valores das vendas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito, pois que havia operações de saídas pagas mediante cartão de crédito e/ou débito que foram lançadas no ECF-MR e que não constavam nas reduções “Z”.

Corroborando a conclusão acima, ressalto que a diligência efetuada pela ASTEC informou que a documentação que especifica tecnicamente o ECF em questão não indica que o equipamento discriminasse o meio de pagamento no período fiscalizado. Além disso, o preposto da ASTEC informa que consultou auditor fiscal especializado em fiscalizar estabelecimento usuário de ECF, tendo esse profissional informado que o ECF-MR do autuado poderia, de fato, não discriminar o meio de pagamento das operações.

Desse modo, fico convicto que o ECF-MR do recorrente não discriminava nas reduções “Z” as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito. Portanto, ante essa peculiaridade do equipamento, não era possível aplicar o roteiro de auditoria fiscal em questão. Ainda que o recorrente informasse no verso dos documentos fiscais a forma de pagamento, não era possível aplicar o roteiro de auditoria fiscal, já que as reduções “Z” não discriminavam as vendas a cartão.

Pelo acima exposto, entendo que o lançamento carece de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o montante do imposto devido, em razão da inadequação do roteiro de auditoria aplicado. Dessa forma, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração é nulo.

Uma vez que o ECF-MR utilizado no período abarcado pela ação fiscal não discriminava a forma de pagamento, não há como refazer a ação fiscal, como determina o art. 21 do RPAF/99. Contudo, considero de bom alvitre que a Repartição Fazendária competente providencie outra ação fiscal visando aferir a regularidade dos pagamentos efetuados pelo recorrente no período em questão.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração. Conseqüentemente, fica PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **156896.0020/04-3**, lavrado contra **NARANDIBA SUPERMERCADOS LTDA**. Recomendado a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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