

PROCESSO - A. I. Nº 298616.0014/05-6
RECORRENTE - PINTO E PINTO LTDA. (KLIN JÓIAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0045-04/06
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 15/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0442-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento sujeita à penalidade correspondente a 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 4ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0045-04/06 – lavrado em função das seguintes razões:

1. Presunção legal da ocorrência de 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, com imposto devido no valor de R\$ 28.805,62.
2. Aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.749,01, por ter o autuado emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A procedência parcial se deu porque, quando da informação fiscal, o autuante analisou os documentos acostados pela defesa e revisou seu levantamento, o que levou à redução do valor do ICMS devido na infração 1, relativo ao mês de julho/04 para R\$2.346,93, sendo mantida as demais parcelas.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente trouxe os seguintes argumentos:

- a) "Protesta quanto à justificativa do autuante em seu relatório de que a exigência que trata o § 7º ao art. 238, do RICMS/97 veio apenas clarificar a sua exigência.
- b) Também pelo fato que no voto do relator trata a exigência pelo Art. 824-E que diz que é 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.
- c) Na verdade a Secretaria da Fazenda que estabeleceu que os contribuintes que não tinham TEF acoplados em seus terminais ECF poderiam utilizar o "POS" desde que autorizassem as Administradoras de Cartões de Crédito/Débito a fornecer as informações relacionadas às operações transacionadas mensalmente, autorização esta que foi estabelecida justamente pelo Art. 824-E.
- d) Desde a impugnação ao Auto de Infração protocolada em 01.08.2005 o contribuinte protesta pela exigência de diferenças lançadas no período de 01.01.2003 a 20.01.2004 pelo fato claro que a Alteração Nº 51 ao Regulamento (Decreto 8882 de 20.01.04, DOE de 21.04.04) foi acrescentado ao Art. 238, do RICMS/97 o inciso 7, 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, isto porque:
 - Como prova as vendas mensais do contribuinte no período compreendido não são inferiores aos valores informados pelas administradoras, muito pelo contrário.
 - Assim há de se concluir que o autuante utilizou uma base de dados (cupom redução Z) não fidedigna, para a comparação que realizou, por ausência de previsão legal para a sua geração.
 - Portanto entendemos NULOS os valores lançados para o período de 01.01.2003 a 21.01.2004, porque o lançamento foi mensal.
- e) Protesta também quanto ao item 2 da informação fiscal, folhas 60/61, pois diz que as divergências apontadas pelo contribuinte no seu relatório sub-item "a" argumenta que valores diferentes são compensados dentro do próprio mês ou no mês subsequente, ora se o comparativo para apuração de divergências é efetuado diariamente como seria feita a compensação dentro do mês ou de mês seguinte e, ainda diz que não causou prejuízo ao contribuinte.

Pede desde já o julgamento pela IMPROCEDÊNCIA da infração 1 e redução referente ao período que questiona na infração 2."

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, disse que, quando as informações de vendas através de cartão de crédito provenientes das administradoras são superiores àquelas registradas pelo contribuinte, significa presumir que este vendeu mercadorias por meio de cartão que poderiam não estar registradas contabilmente (incluem nesses casos mercadorias vendidas sem terem sido registradas fiscalmente e, inclusive, no estoque do estabelecimento e que possam ter sido adquiridas sem tributação por substituição), e as presunções legais tem lastro nas estatísticas de situações de fato reiteradamente ocorridas que permitem ao legislador construir uma relação de causa-efeito.

Pontuou que, em relação a esse tipo de infração lastreada em presunção de direito, apenas a apresentação de cada boleto de venda efetuada através de cartões, acompanhada da respectiva nota fiscal, mesmo de venda a consumidor ou do respectivo cupom fiscal, de maneira individual, eliminaria todos os efeitos legais da autuação, e o recorrente perdeu mais essa chance de produzir a prova e elidir a presunção legal.

Firmou que, em relação ao outro item, relativo ao descumprimento da obrigação acessória de emissão de cupom fiscal, nata teria a acrescentar ao voto do i. julgador relator.

Opinou pela manutenção integral do conteúdo da Decisão recorrida.

VOTO

Como dito no relatório acima, o presente auto de infração foi lavrado para exigir ICMS, acrescidos das respectivas cominações legais, em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem a emissão de documento fiscal e sem o pagamento do imposto, apurada através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito (infração 1), e para aplicar a penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.749,01, por ter o autuado emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado (infração 2).

Em relação à infração 1, a tese recursal é que o recorrente, no período compreendido entre 01.01.2003 e 20.01.2004, estaria desobrigado a indicar no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação, isto porque o “inciso 7” (sic) somente foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração nº 51 e, como as suas vendas mensais neste período não são inferiores aos valores informados pelas administradoras, seria nula a autuação entre janeiro/2003 e janeiro/2004.

Apesar de não haver referência expressa, me parece que o recorrente procura encontrar amparo em decisão emanada desta 1ª CJF em meados de 2005, em que fui relator – Acórdãos CJF nº 0139-11/05 e 0184-11/05 – por absoluta similaridade entre os casos.

Assim, transcreverei o voto que proferi no segundo Acórdão, acima indicado:

“Trata o Auto de Infração da exigência de imposto em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas tributáveis, apurada através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, arrimado no que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Tal dispositivo legal, apenas para lembrar, ressalva ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O recorrente sustenta a tese de que os valores das suas vendas não foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, e que muitas delas foram efetuadas com a emissão de nota fiscal de venda a consumidor.

Esta tese não foi acatada pela 2ª JJF, tendo o relator da Decisão recorrida se pronunciado da seguinte forma: “Quanto a notas fiscais de vendas a consumidor final (NFVC), também não devem ser consideradas, pois, a partir do momento que qualquer tipo de ECF permite a leitura com os totais das diversas formas de pagamentos, quais sejam, através de dinheiro, cheque, cartão de crédito, cartão de débito, e outras, os valores relativos às operações com cartões de crédito ou de débito devem corresponder exatamente com os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de créditos. Se acaso, por motivo de paralisação comprovado do ECF, foram efetuadas vendas com emissão de notas fiscais através de cartões de crédito ou de débito, esta circunstância deve ser registrada no respectivo documento fiscal.”

Ocorre que 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.

O autuante partiu 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 encontrar diferenças, aplicou 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 o autuante utilizou uma base de dados – cupom redução “Z” – não fidedigna, para a comparação que realizou, 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.

Apenas para desencargo de consciência, tomei a liberdade de consultar o sistema INC e verificar três dias em que houve operações com cartão de crédito no primeiro mês autuado, conforme documentos às fls. 51 a 53. Constatei, ao cruzar tais operações com o demonstrativo do recorrente (fl. 39), que tem procedência o argumento defensivo.

Portanto, entendo NULOS os valores lançados para o período de 2003 até janeiro de 2004 (porque o lançamento foi mensal), prevalecendo, somente, aquele referente ao mês de março de 2004, quando, em função da obrigatoriedade da identificação do meio de pagamento, no equipamento ECF, o ônus da prova passa a ser do contribuinte.

Pelo que expus, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, mantendo, apenas, o valor referente ao mês de março de 2004, e recomendo à autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, para que se apure possível diferença de imposto a ser lançada, para o período anterior, como preceitua o art. 21, do RPAF/99.”

Este foi o meu entendimento, e de toda a 1^a CJF, pois o julgamento fora à unanimidade. Era a decisão mais correta a ser tomada naquela oportunidade.

É que, até aquele momento, o sistema INC da SEFAZ somente disponibilizava três tipos de relatórios TEF (Transferência Eletrônica de Fundos):

1. “Informações Anuais” – mostra os totais mensais das operações com cartões de débito e de crédito.
2. “Informações Mensais” – mostra os totais mensais das operações com cartões de débito e de crédito, separadas por operadora.
3. “Informações Diárias” – mostra os totais diários das operações com cartões de débito e de crédito, separadas por operadora.

Ficava, então, impossível ao contribuinte produzir a prova da improcedência da presunção (ressalva contida no § 4º, do art. 4º, da Lei n.º 7.014/96), porque, em estando desobrigado de identificar no documento fiscal emitido pelo ECF o meio de pagamento utilizado, não havia como apontar qual operação lançada neste equipamento se referiria a cartão de crédito ou débito, uma vez que não dispunha da informação individualizada das operações realizadas por estes cartões. O cerceamento de defesa estava caracterizado.

Após aquelas Decisões, e provavelmente motivada por elas, a Secretaria da Fazenda passou a disponibilizar no sistema INC o relatório TEF por operações individualizadas, sendo que, inclusive, os dados nele constantes podem ser exportados para planilha Excel. Não existe mais cerceamento de defesa, pois com estes elementos é possível ao contribuinte autuado fazer a correlação entre os documentos fiscais emitidos com as respectivas operações realizadas através de cartões de débito ou de crédito.

Tanto é assim que, no caso presente, a decisão de Primeira Instância foi pela procedência parcial desta infração, porque o autuado apresentou na sua defesa prova parcial de que as vendas

realizadas e pagas através de cartão de crédito/débito tiveram o correspondente documento fiscal emitido.

Assim, como o recorrente deixou de apresentar novos elementos capazes de modificar a Decisão recorrida, esta deve ser mantida.

Quanto à infração 2, mesmo tendo o recorrente pedido na conclusão do seu Recurso Voluntário a “*redução referente ao período que questiona*”, não existe qualquer alegação relacionada com esta.

Destarte, concluo que a Decisão recorrida está perfeita e não carece de qualquer reparo, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298616.0014/05-6, lavrado contra PINTO E PINTO LTDA. (KLIN JÓAIS), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$28.295,62, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de R\$3.749,01, prevista no inciso XIII-A, “h”, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

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