

A. I. N ° - 118973.0215/06-0
AUTUADO - POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13.06.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0204-01/06

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. 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. Infração não caracterizada. 2. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. NÃO APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O procedimento fiscal não foi efetuado de acordo com os requisitos legais. Não foi concedido ao contribuinte o prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. Infração nula. Auto de Infração **IMPROCEDENTE, quanto a primeira infração e **NULO**, em relação a segunda infração. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/03/2006, exige ICMS no valor de R\$ 151.752,18, além de multa no valor de R\$ 10.842,06, pelos seguintes motivos:

- 1) falta de recolhimento do imposto por ter o autuado omitido saídas de mercadorias tributadas, 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/ou administradora de cartão de crédito, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2003, no valor de R\$ 151.752,18;
- 2) deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de janeiro a junho de 2003, multa no valor de R\$ 10.842,06.

O autuado, às fls. 132/145, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando que a autuação resulta de equívocos quanto à interpretação e aplicação da legislação. Todas as vendas do autuado são registradas na sua escrita fiscal e em valor muito superior aos valores informados pelas operadoras de cartões de débito/crédito, não cabendo a presunção de omissão de receitas.

Argumentou comercializar com produtos enquadrado no regime de substituição tributária e recolher o ICMS com base na receita bruta, não podendo se submeter ao critério adotado pelo autuante. E, o Regulamento do ICMS somente passou a exigir o detalhamento dos meios de recebimento a partir de janeiro de 2004, não se aplicando a fatos pretéritos. Também em relação a irregularidade nos arquivos magnéticos não houve a observância do procedimento regulamentar.

Protestou dizendo que o autuante presumiu que todas as vendas informadas pelas operadoras de cartões haviam sido omitidas pelo autuado, fazendo uma simples leitura “Z” dos ECFs utilizados pela empresa, com autorização da SEFAZ, cujos equipamentos não detalham os meios de recebimento das vendas. Assim, entendeu, o autuante, que caberia ao autuado identificar, caso a caso, cada cupom fiscal correspondente a cada venda informada feita através dos citados cartões de crédito ou de débito.

Anexou alguns recebimentos via cartões de crédito/débito e respectivos registros nos equipamentos fiscais, a título exemplificativo, para esclarecer que o autuado cumpre com suas obrigações fiscais e que o procedimento não foi desenvolvido com o aprofundamento técnico que se faz necessário, cabendo ser submetido a revisão fiscal, desde já requerida.

Alegou que o autuante não fez confrontação, e sim, submeteu a tributação todos os valores informados pelas referidas operadoras de cartões. Transcreveu o §3º, inciso VI do art. 2º do RICMS/97. Também argumentou que as vendas registradas nos ECFs durante o exercício de 2003, totalizam R\$ 2.343.820,03 e as vendas informadas pelas operadoras de cartões, no mesmo período totaliza R\$ 892.659,83, ou seja, representam apenas 38% dos registros de vendas do contribuinte.

Transcreveu Acórdãos de julgados deste Colegiado:

Acórdão JJF nº 0226-03/05 – tendo ficado comprovado que o autuado comercializa apenas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujas saídas posteriores são desoneradas do ICMS. Assim, argumentou atuar no ramo de alimentação comercializando os produtos da marca Pizza HUT, tendo além de alimentos submetidos a tributação normal, também são vendidos produtos enquadrados no regime de substituição tributária, os quais suas saídas encontram-se encerradas a fase de tributação.

Acórdão JJF nº 0029-03/06 – nesse processo consta que o relator identificou a inclusão de receitas de serviços não tributados pelo ICMS.

Também alegou irretroatividade da norma que impôs a obrigação, dizendo que em razão do princípio abarcado pelos artigos 105 e 106 do CTN, não há permissão legal para se fazer qualquer cobrança de ICMS com base nas informações prestadas pelas operadoras de cartões, em relação a períodos anteriores a 21/01/2004. Além de não poder o autuado ser prejudicado por utilizar equipamentos que não permitem registros separando os meios de recebimento das vendas (BEMATECH ECF-IF MP-20 FI). Somente com o advento do Decreto nº 8.882 de 20/01/2004, 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. Neste sentido, transcreveu as Ementas dos Acórdãos CJF nº 0184-11/05 e JJF nº 0382-04/05.

Asseverou que, em relação ao cálculo do ICMS, é facultado ao autuado fazer o cálculo e pagamento do ICMS com base na receita bruta do estabelecimento, conforme lhe autorizam o art. 115, III e art. 504, IV e V, ambos do RICMS/BA. Inclusive, em julgado através do Acórdão JJF nº 0365-02/04, Auto de Infração nº 207096.0710/03-7, lavrado contra o autuado, a decisão foi a de se observar o critério de cálculo adotado pela empresa para fins de pagamento do ICMS mensal, ou seja, com base na receita bruta do estabelecimento.

No tocante a multa formal, transcreveu o art. 708-B, § 5º, bem como Ementa do Acórdão CJF nº 0034-12/04, para demonstrar que não foram observados os requisitos legais.

Requeru seja acolhida a defesa para julgar a infração 01 improcedente e seja anulada a infração 02.

O autuante, às fls. 230/232, informou que o trabalho foi realizado com base na Ordem de Serviço nº 527.083/05, onde foi determinada a realização do roteiro AUDIF – 209 e AUDIF – 241, tendo o autuado deixado de comprovar, através dos comprovantes de autorização emitidas pelos POS,

todas as vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, conforme informações constantes no CD anexo ao processo.

Quanto aos arquivos magnéticos, conforme fl. 17, o contribuinte deixou de apresentar os referidos arquivos nos meses de janeiro a junho de 2003 e não foram inconsistências. O RICMS determina que seja aplicada multa de 1% sobre os valores das vendas realizadas.

Opinou pela manutenção da autuação.

VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS, por omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pela administradora de cartão de crédito e instituição financeira, bem como aplicada multa pelo não fornecimento de arquivo magnético.

Na impugnação, o autuado, em relação à infração 01, demonstra que à época da ocorrência dos fatos, janeiro a dezembro de 2003, o seu equipamento emissor de cupom fiscal – ECF, que foi devidamente autorizado pela SEFAZ não fazia referência à forma de pagamento, trazendo, inclusive, aos autos cópia de leituras “Z” (fls. 154 a 157), para demonstrar suas afirmações.

Neste sentido, observo que a alteração nº 51, RICMS/BA (Decreto nº 8.882/04), acrescentou o § 7º ao art. 238 do RICMS/BA, com efeitos a partir de 21/01/2004, exigindo do contribuinte que fosse indicado no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação. Considerando que no caso em questão a SEFAZ não observou tal obrigação, autorizando ao contribuinte o uso do ECF sem que no mesmo constasse a forma de pagamento. Descabe a exigência do tributo da forma como foi realizada.

Assim, a disposição legal prevista no art. 4º, § 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96 só pode ser aplicada a este caso, a partir de 2004.

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

conforme previsão do art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, in verbis:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Assim, além do ECF utilizado pelo autuado não permitir a indicação da forma de pagamento quando da emissão dos cupons fiscais, a legislação tributária estadual não condicionava tal obrigação, tanto que já existem reiteradas decisões desse Colegiado, à exemplo as ementas dos Acórdãos CJF 0184-11/05, JF nº 0382-04/05, CJF nº 0139-11/05, CJF nº 0196-12/05, entendendo ser improcedente o lançamento relativo a exercícios anteriores a disposição legal que condicionou ao autuado a indicação da forma de pagamento, quando da emissão de cupons fiscais, nas realizações de suas operações. Valendo ressaltar que na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito (fl. 102 dos autos) o autuante considerou todas as vendas com cartão informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras, como sendo diferença

encontrada, sem atentar que na leitura dos equipamentos “redução Z” não constar o meio de pagamento, pelo motivo já acima indicado.

Aliado a isso, consta nos autos que o contribuinte durante o exercício autuado efetuou vendas no valor total de R\$2.343.820,03, enquanto que suas vendas através de cartões de crédito/débito totalizou um valor de R\$892.659,83, o que representa 38% do total.

Apenas como ressalva, observo que os argumentos defensivos de que também comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, por esta razão não pode ser submetido ao critério adotado pelo autuante, ou seja, a exigência do imposto relativo aos valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito não prospera, já que o mesmo não comercializa exclusivamente com produtos tributados pelo regime de substituição tributária, fato que ocorreu em relação ao julgado indicado pelo autuado (Acórdão JJF nº 0226-03/05. Também, não diz respeito a autuação o exemplo indicado pelo autuado, Acórdão JJF nº 0029-03/06, uma vez que este se refere a inclusão de receitas de serviços não tributados pelo ICMS que não foi observado pelo auditor autuante naquele processo.

Ante o acima exposto, concluo descaber a exigência do imposto por inexistência, à época da ocorrência dos fatos, de disposição regulamentar obrigando ao autuado a indicar, no cupom fiscal, a forma de pagamento.

No tocante à infração 02, que trata de multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, saliento que o autuante deixou de observar os requisitos básicos previstos na legislação tributária deste Estado, ao intimar o autuado concedendo-lhe prazo de 48 horas para apresentação, dentre outros livros e documentos, dos citados arquivos magnéticos, quando deveria ter sido precedida de intimação específica, conforme estabelece o RICMS/97, no seu art. 708-B, ao determinar prazo de 5 (cinco) dias úteis, o que descaracteriza a imputação da multa indicada no presente lançamento, conforme abaixo:

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Assim, torna-se nulo o procedimento fiscal, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99 e por inobservância do devido processo legal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA da infração 1 e pela NULIDADE da infração 2 do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **IMPROCEDENTE** da infração 1 e **NULA** a infração 2 do Auto de Infração nº 118973.0215/06-0, lavrado contra **POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR