

A. I. Nº - 180642.0049/04-0
AUTUADO - BARRETO PEIXOTO SUPERMERCADO E LANCHONETE LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DOREA DANTAS
ORIGEM - INFAS BONOCÔ

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0375-05/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/09/04 para exigir ICMS no valor de R\$151.375,49 acrescido da multa de 70%, relativo à 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (01/2003 a 03/2004).

O autuado, na defesa apresentada às fls. 31 a 39, afirma que a infração não ocorreu por entender que conforme disposto no art. 2º, § 3º, VI do RICMS/97 presume-se a ocorrência do fato gerador do ICMS sempre que a escrituração indicar: "... VI- valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito", e que no presente caso isso não ocorreu, exceto nos meses de março e abril de 2003, "pois em nenhum momento os valores de vendas efetuados pelo contribuinte foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito..." conforme DMAs apresentadas ao fisco. Em tabela comparativa às fls. 32 e 33, demonstra vendas registradas no mês de março/2003 de R\$90.360,91 e valor das vendas informadas pelas Administradoras de R\$104.395,57, no mês de abril/2003 de vendas de R\$96.132,25 e valor das vendas informadas pela Administradoras de R\$109.818,93, tendo nos demais meses indicado vendas em valor superior ao informado pelas administradoras de cartão. Diz que a infração apontada não encontra guarida com base no princípio da legalidade.

Alega que, nem sempre às vendas com cartão registradas no equipamento eletrônico de controle fiscal são reais, pelo fato de que "muitas das vendas por cartão foram registradas como venda à vista, sem qualquer prejuízo ao estado."

Argui que atua como supermercado e lanchonete, operando com mercadorias com imposto pago antecipado (refrigerantes, farinha de trigo, etc.) com percentual de saídas em torno de 50% (isentas, não tributadas e outras), conforme DMAs anexadas ao processo. Diz que o CONSEF já manifestou o entendimento de que deve ser aplicado o critério de proporcionalidade, conforme Acórdão JJF nº 0215-01/02, e que tal procedimento não foi aplicado pelo autuante.

Diz que a legislação tributária aplicada no caso trata-se de presunção relativa que admite prova em contrário, e tendo demonstrado que em torno de 50% das suas vendas não estão sujeitas à tributação, requer a aplicação do critério da proporcionalidade.

Diz que a autuante não considerou as operações de “sangria” (retiradas de dinheiros, boletos de cartão, vale refeição, etc), realizadas nos equipamentos emissores de cupons fiscais, o que no seu entendimento conduz à nulidade da autuação. A título de exemplo, indica que no dia 13/01/2003 foi realizado uma sangria dos boletos de cartão de crédito existente no caixa de R\$1.497,35 e a autuante computou no seu levantamento valor comercializado de R\$0,12 apenas. Diz que poderia citar outros exemplos para descharacterizar o levantamento realizado pela autuante, mas prefere as cópias das fitas detalhes das leituras em Z e os relatórios de Operador de Caixa, como prova a seu favor.

Apresentou à fl. 37 um demonstrativo comparativo entre o valor das vendas com Cartão de Crédito registradas no período e o valor das vendas com Cartão de Crédito apurado pela autuante, no qual indicou divergência de valores no período de Janeiro/2003 a Março/2004.

Requer que seja a autuação julgada nula por inputar infração não caracterizada no ordenamento legal e ainda por incorrer em “erro in procedendo”, e que, se ultrapassada a nulidade requerida, seja aplicado o critério da proporcionalidade entre as operações tributáveis e as com fase de tributação encerrada apenas nos meses em que o total das vendas informadas pela operadora do cartão foram superiores às vendas declaradas pelo autuado, tendo apresentado demonstrativo de proporcionalidade à fl. 38, com valores reconhecidos como devidos de R\$1.019,68 e R\$1.197,36 respectivamente nos meses de março e abril/2003.

E por fim, requer provar tudo que foi alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

A autuante, na informação fiscal prestada às fls. 959 e 960 inicialmente discorre sobre a autuação e o pedido de nulidade formulado pelo autuado e diz que “Todo trabalho efetuado no levantamento foi baseado nas leituras Z, cujas cópias encontram-se no auto. Se as leituras X apresentam valores no cartão de crédito, porque estes valores são retirados da leitura Z, onde são verificados os valores das saídas, com que propósito estas ECFs foram programadas para efetuar estas alterações?”

Diz que não tendo o autuado como justificar a diferença entre os valores das DMAs, confessa as mesmas.

Afirma que no que se refere à proporcionalidade sobre as saídas, “a partir do momento que o contribuinte deixa de agir conforme o regulamento perde todas (todos) os benefícios, passando a ser tributado normalmente.”

A 3^a JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 964) à ASTEC/CONSEF para que fosse feito um confronto dos documentos apresentados pelo autuado com os demonstrativos elaborados pela autuante e para identificar os valores reais das vendas por meio de cartão de créditos registrados nas leituras de redução Z e reelaborasse o demonstrativo de débito com base nos ajustes procedidos.

O diligente elaborou os demonstrativos apresentados às fls. 968 a 970, no quais computou os valores contidos nos boletos a título de "sangria" e que não foram considerados pela autuante. Elaborou um novo demonstrativo à fl. 971, similar ao elaborado pela autuante (fls. 12 e 23), no qual foram deduzidos dos valores de vendas apurados pela autuante, tendo inserido os valores "das sangrias realizadas pelo autuado durante o dia, sem que as mesmas constassem, no final do expediente, na Redução Z". Indicou como devido o valor de R\$105.706,36.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência feita pela ASTEC, conforme cópia do documento juntado à fl. 975, tendo concedido prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado apresentou nova manifestação às fls. 979 a 983 e disse que reitera o pedido de improcedência da autuação, ratificando o entendimento inicial de que os valores registrados

como vendas através de cartão de crédito no equipamento eletrônico de controle fiscal não correspondem precisamente aos valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito, mesmo sabendo que muitas vendas realizadas por cartão foram registradas como vendas à vista, sem que isso causasse qualquer prejuízo ao Estado.

Alega que, esta matéria foi objeto de recurso no CONSEF, conforme decisão prolatada através do Acórdão CJF nº 0139-11/05, em que entendeu que só se tornou exigível a indicação no cupom fiscal do meio de pagamento da operação ou prestação, a partir de 21/01/04 com a edição do Dec. 8.882/04. Diz que, só caberia a exigência de uma penalidade de caráter formal.

Afirma que conforme indicado nas DMAs apresentadas, os valores das vendas no período fiscalizado, na sua quase totalidade, suplantam os valores das vendas através de cartão, o que no seu entendimento retira o amparo contido na legislação do RICMS para a exigência do imposto sobre eventuais diferenças.

Diz que em relação ao resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, entende que restou comprovado que a autuante não considerou na autuação as operações de sangria, que consiste em retirar da gaveta do equipamento algumas importâncias, inclusive boletos de cartão de crédito. Afirma que estas operações são legítimas e que constam nas leituras de Redução Z.

Alega que o revisor confirmou falha procedida pela autuante e que por este motivo o Auto de Infração deve ser declarado nulo.

Requer ainda, o direito de provar tudo que foi alegado por todos os meios admitidos em direito, inclusive prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

A 3^a JJF, levando em conta o consenso formado nas reuniões realizadas pelo CONSEF, para adoção de providências com vistas ao saneamento do PAF, nos quais foram exigidos ICMS a título de presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis constatadas pelas diferenças registradas entre o valor das leituras de Redução Z do ECF e do valor informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito ou débito, decidiu converter o processo em diligência, para que fosse entregue ao autuado uma cópia do relatório fornecido pela empresa administradora de cartão de crédito de todas operações diárias, relativa ao contribuinte.

Em atendimento a diligência, a Inspetoria Fazendária:

- a) juntou à fl. 990, um CD contendo o relatório TEFs diários relativo ao exercício de 2003 e 2004, referente ao contribuinte;
- b) fez entrega ao autuado, de uma cópia do referido CD, mediante recibo assinado pelo contribuinte, cuja cópia foi juntada à fl. 991 e reabriu o prazo de defesa de trinta dias para que comprovasse os pagamentos do ICMS das operações informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito.

O autuado manifestou-se às fls. 993 a 998 e preliminarmente disse que a entrega do CD não supre a determinação contida na diligência de que fosse entregue as “cópias” de todas as operações diárias informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito. Afirma que no seu entendimento ficou caracterizado o descumprimento do devido processo legal e cerceamento do direito de defesa.

Alega que a autuação acusa o contribuinte de omitir saída de mercadorias tributadas pela presunção de que as vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito foram inferiores à informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito, nos termos do art. 2º, § 3º, IV do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 994.

Afirma que na situação de fato, em quase todos os meses as vendas efetuadas pelo contribuinte foram em valores superiores aos informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito ou débito, conforme demonstrativo apresentado às fls. 994 e 995, admitindo que isso só não

ocorreu nos meses de março e abril do período fiscalizado. No seu entendimento, a infração apontada não ocorreu, pois não se enquadra no tipo descrito no RICMS/BA, o que contraria o princípio da legalidade que disciplina as relações tributárias entre fisco e contribuintes.

Argumenta que o levantamento fiscal baseia-se em que as vendas realizadas por cartão de crédito não correspondem às informadas pelas empresas administradoras de cartão, mas que “muitas das vendas por cartão foram registradas como vendas à vista, sem qualquer prejuízo ao estado”. Cita a decisão contida no Acórdão CJF 139-11/05 para reforçar o seu entendimento de que só a partir da inserção do parágrafo 7º do art. 238 do RICMS/BA é que se tornou possível exigir do contribuinte a indicação no cupom fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação. Afirma que se tal atitude pudesse ser caracterizada como infração, seria apenas de caráter formal, por ausência de previsão legal à época da ocorrência dos fatos.

Declara que independente das considerações jurídicas apresentadas, a autuação deve ser declarada nula, face os erros de procedimento fiscal na execução do levantamento que conduziu a falsas conclusões, sem deduzir as operações legítimas de sangria, as quais estão devidamente registradas nas leituras Z e relatórios fornecidos pelos equipamentos nas leituras X e que foram consideradas pelo diligente da ASTEC/CONSEF.

Requer que a autuação seja declarada nula por imputar ao autuado, infração não caracterizada no ordenamento legal e por incorrer em erro de procedimento. Se ultrapassada a nulidade requerida, requer que as penalidades impostas sejam aplicadas apenas nos meses em que os valores das vendas informadas pela empresa administradora de cartão fossem superiores às vendas declaradas pelo autuado, nos termos do art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA, conforme demonstrativo apresentado à fl. 998, relativos aos meses de março e abril de 2003, com valor devido de R\$4.712,63.

Por fim, requer provar tudo que foi alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, inclusive a prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

A autuante manifestou-se às fls. 1138 e 1139, inicialmente fez um relato da tramitação do processo e disse que na nova defesa apresentada, não procede à alegação defensiva de que não lhe foram fornecidas as cópias impressas dos relatórios TEFs, tendo em vista que isto só acrescentaria aproximadamente 3.600 folhas ao processo e que para evitar desperdício de tempo e material, motivo pelo qual foi entregue ao autuado um CD contendo o aludido relatório.

Afirma que a diligência realizada pela ASTEC, corrigiu apenas alguns valores relativos a provas apresentadas na defesa e que não lhe foram apresentadas inicialmente, o que no seu entendimento não conduz a nulidade pretendida pelo deficiente.

Requer que a autuação seja mantida parcialmente, com valor devido, o que foi apurado na diligência realizada pela ASTEC.

Em 14/12/05, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0468-03/05, julgou procedente em parte o presente processo, tendo recorrido de ofício da referida decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

O autuado, ao tomar conhecimento da decisão, entrou com recurso voluntário (fls. 1163 a 1172).

O Recurso Voluntário impetrado pelo autuado, ora recorrente, busca desclassificar o Auto de Infração lavrado com a acusação de omissão de saída de mercadoria tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (01/2003 a 03/2004).

Preliminarmente o requerente protesta pela entrega de “cópia” dos demonstrativos indicativos de todas as operações diárias informadas pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito,

tudo como determinou o ilustre relator da 3^a JJF. Aduz o recorrente que o fornecimento da movimentação através de meio magnético (CD), descumpre a forma regulamentar prescrita no RPAF, caracterizando descumprimento ao devido processo legal, em flagrante cerceamento do direito de defesa.

No mérito o recorrente diz que o autuante imputou-lhe a penalidade com base no que determina o art. 2º, VI, § 3º do RICMS, situação que alega que jamais se verificou, salvo nos meses de março e abril de 2003, não ocorrendo em nenhum outro momento o excesso de valores informados pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito, sobre os valores das vendas efetuadas pelo contribuinte, e que tal assertiva pode se verificar em simples análise dos valores das saídas registrados nos DMAs.

Alega mais o recorrente, que por ser empresa do ramo de supermercados, opera de forma significativa, com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, em volume próximo a 50%, fato ignorado pelo autuante, mesmo conhecendo Decisão do CONSEF, Acórdão JJF nº 0215-01/02, diz que o critério da proporcionalidade mais que um benefício é um direito.

Quanto aos relatórios de movimentação apresentados pelas administradoras de Cartões de Crédito ou Débito por meio magnético, diz que ficou impedido de manifestar seu pleno direito de defesa. O recorrente faz juntada ao PAF amostragem de alguns dias dos meses de janeiro a abril de 2003 e janeiro a março de 2004 onde diz comprovar que muitas das operações lançadas como vendas através de cartão de crédito se encontram registradas nos equipamentos de ECF, como venda à vista. A fim de comprovar suas afirmativas o recorrente requer perícia técnica para com a elaboração de novos demonstrativos de débito indique qual o valor remanescente apurado pela ação fiscal.

Por fim, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração na forma pedida preliminarmente, e no caso do CONSEF entender ultrapassada a nulidade argüida, pede a aplicação do critério da proporcionalidade entre as operações tributáveis e as com fase de tributação encerrada, além do deferimento da perícia encaminhada.

A representante da PGE/PROFIS em Parecer às fls. 1247/1248 entende assistir razão ao autuado quando da alegação da nulidade, por entender que todos os documentos que compõem o Auto de Infração devem ser entregues ao contribuinte para que este possa exercer de forma plena o seu sagrado direito de defesa.

A 1^a CJF, através do Acórdão nº 0109-11/06 julgou o processo nulo, tendo em vista a falta de entrega ao contribuinte dos relatórios das operações diárias com cartão de crédito ou através de meio magnético (CD) devidamente autenticado pela SEFAZ, implicando em cerceamento ao direito de defesa.

Determinou que os autos retornassem à Primeira Instância para que fossem fornecidos ao contribuinte os demonstrativos em papel ou em CD, desde que devidamente autenticado pela Secretaria da Fazenda.

O processo foi encaminhado para esta 5^aJJF, que decidiu convertê-lo em diligência à INFRAZ Bonocô, a fim de que fossem adotados os seguintes procedimentos:

1 - entregasse ao autuado, cópias impressas, mediante recibo específico, dos Relatórios de Informações TEF do período fiscalizado ou através de meio magnético devidamente autenticado pela SEFAZ, constando à discriminação diárias de suas operações;

2 - reabrisse o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para que o sujeito passivo possa se manifestar, caso queira;

3 – solicitasse que a autuante preste nova informação fiscal, analisando as alegações e documentos que o autuado venha porventura a apresentar, inclusive examinando os

documentos apresentados pelo autuado às fls. 1181 a 1244, por ocasião de seu recurso voluntário, a fim de verificar se procede a sua alegação de que houve erros em diversas vendas por intermédio de cartão de crédito/débito, lançadas como sendo a vista, além daquelas já consideradas pelo diligente da ASTEC, conforme planilha à fl. 972;

- 4 – elaborasse novo demonstrativo de débito, caso a verificação acima seja positiva;
- 5 - retornasse para julgamento.

A autuante às fls. 1265/1266, inicialmente entende que o requerimento do item 1 e 2 são dispensáveis, alegando que o procedimento já foi efetuado conforme comprovante à fl. 990, dizendo que nele consta o recibo assinado pelo Sr. Antonio Diego de Souza Andrade, representante legal da empresa autuada.

No que diz respeito aos itens 3 e 4, não acata as alegações defensivas de que em alguns cupons fiscais (fls. 1181 a 1244) as operações foram lançadas erroneamente como pagamento em dinheiro em vez de terem sido lançadas como cartão (crédito ou débito), citando os seguintes exemplos:

- página 1181 onde o autuado anexa um cupom fiscal 0000136 no valor de R\$ 1,00 (dia 08/01/2003), com pagamento em dinheiro e anexa o demonstrativo de TEF com um valor também de R\$1,00 pagamento em cartão crédito. Pergunta: onde está a prova que este valor de R\$ 1,00 é o mesmo?
- página 1194 onde o autuado anexa cupom fiscal 000480 no valor de R\$ 100,00 (dia 10/03/2003), com pagamento em dinheiro e anexa o demonstrativo de TEF com um valor também de R\$100,00 pagamento em cartão crédito. Pergunta: como provar sem a emissão do boleto do cartão de crédito que os valores foram pagos em cartão?
- página 1202 onde o autuado anexa cupom fiscal 000598, no valor de R\$ 10,00 (dia 19/03/2003), com pagamento em dinheiro e anexa o demonstrativo de TEF com um valor de R\$ 10,00 pagamento em cartão crédito. Pergunta: o que garante que outras vendas no mesmo valor não forem efetuadas no mesmo dia?

Ao final, dizendo que o autuado tenta transformar valores constantes dos cupons fiscais, pagos em dinheiro, como se fossem pagos através de cartão, sugere a manutenção da exigência de acordo com o valor constante no demonstrativo à fl. 972 elaborado pela ASTEC.

Considerando que a autuante insiste em afirmar que a entrega dos arquivos magnéticos da forma como foi efetuada, à fl. 990, atende as disposições regulamentares;

Considerando que o fato dos referidos arquivos não terem sido entregues ao contribuinte através de CD devidamente autenticado pela SEFAZ, motivou a anulação da decisão da 1^a instância;

Esta JJF, decidiu converter novamente o presente processo em diligência à INFRAZ Varejo, a fim de que fossem adotados os seguintes procedimentos:

- 1 - entregasse ao autuado, cópias impressas, mediante recibo específico, dos Relatórios de Informações TEF do período fiscalizado ou através de meio magnético devidamente autenticado pela SEFAZ, constando à discriminação diárias de suas operações;
- 2 - reabrisse o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para que o sujeito passivo possa se manifestar, caso queira;
- 3 - retornasse para julgamento.

Após o atendimento a solicitação supra (fls. 1277 a 1279), o autuado manifestou-se (fls. 1281 a 1291), repetindo os argumentos expostos em seu recurso voluntário. Por fim, novamente requereu a declaração de nulidade do Auto de Infração, a aplicação do critério da proporcionalidade entre as operações tributáveis e as com fase de tributação encerrada, de acordo com demonstrativo que apresentou à fl. 1290, e a realização de perícia técnica.

A autuante em nova informação (1294 a 1296), disse que o autuado em sua última manifestação não apresenta nenhum fato novo. Ao final, sugere a manutenção da exigência de acordo com o valor constante no demonstrativo à fl. 972 elaborado pela ASTEC.

VOTO

Inicialmente esclareço que o motivo que ensejou a anulação do julgamento em 1^a instância foi sanado através da entrega ao contribuinte dos relatórios das operações diárias com cartão de crédito através de meio magnético (CD) devidamente autenticado pela SEFAZ (fls. 1277 a 1279).

Ressalto que o prazo de defesa foi reaberto, na oportunidade, por 30 (trinta) dias para que o sujeito passivo pudesse se manifestar, afastando qualquer alegação futura de cerceamento de defesa, inclusive porque, o autuado em sua nova manifestação demonstrou plena ciência dos motivos que ensejaram a autuação.

Quanto ao pedido de nulidade formulado, sob alegação de que houve erro de procedimento fiscal na execução do levantamento, também não deve ser acatado, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e as falhas identificadas no levantamento fiscal foram devidamente corrigidas através de diligência realizada por fiscal estranho ao feito, em consonância com o disposto no art. 18, § 1º do RPAF/99.

Em relação à solicitação de perícia técnica por ocasião do recurso voluntário, fica indeferido, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive frisando que houve a realização de diligência fiscal efetuada por estranho ao feito, antes do julgamento anulado, ocasião que permitiu se dirimir as dúvidas existentes.

No mérito, por concordar com o teor da decisão da 1^a instância, que foi anulada apenas por uma falha de procedimento, já sanada, faço minhas algumas palavras do ilustre Relator Eduardo Santana, que na oportunidade assim se manifestou em relação ao mérito da lide, fazendo apenas uma ressalva em relação à solicitação do autuado para aplicação da proporcionalidade na apuração do imposto devido, uma vez que o CONSEF passou a aceitar a adoção dessa técnica em algumas circunstâncias, senão vejamos:

O Auto de Infração trata da exigência de ICMS a título de omissão de saídas, decorrente da apuração de diferença entre o valor de vendas em cartão de crédito indicado na leitura “Z” e o valor fornecido pela empresa administradora de cartão de crédito.

Observo que o art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, cujo teor é reproduzido no art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA, determina que:

Art. 4º.

[...]

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

[...]

VI) valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O autuado na defesa apresentada alegou que na maioria dos meses relativos ao período fiscalizado, as vendas declaradas por ele foram superiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito ou débito, exceto os meses de março e abril de 2003 e que não existe a infração apontada.

Sabe-se que, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), ao registrar no equipamento a modalidade de recebimento das vendas realizadas, indica como meio de pagamento, cartão de crédito, dinheiro, cheque e outras modalidades. As vendas realizadas através de cartão de crédito são autorizadas através de um equipamento (POS) que faz a conexão telefônica entre o estabelecimento do contribuinte e a empresa administradora do cartão. Por sua vez, a empresa administradora de cartão de crédito, fornece a SEFAZ um relatório de todas operações de vendas realizadas através de cartão relativo ao contribuinte, e a fiscalização procedeu a uma leitura Z no ECF, na qual identificou o valor total de vendas realizadas através de cartão e comparou com o valor informado pela empresa administradora de cartão de débito ou crédito.

Pelo exposto, numa interpretação extensiva, é lógico que a presunção prevista na Lei refere-se à comparação dos valores de vendas registradas no ECF do contribuinte em cartão, e os valores informados pela empresa administradora de cartão de crédito, e não a interpretação dada pelo contribuinte de que não deve ser exigido o imposto a título de presunção quando as vendas declaradas forem superiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão. As vendas declaradas, que o impugnante alega serem superiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão, englobam todas as modalidades de pagamento (dinheiro, cartão, cheque, etc.) e não pode ser comparado apenas com as vendas em cartão, motivo pelo qual, não pode ser acolhida a pretensão do impugnante.

No que se refere à alegação de que em alguns casos foram registradas vendas em dinheiro, mas de fato ocorreram vendas através de cartão, entendo que, diante da acusação o autuado deveria trazer ao processo prova de suas alegações através de cópias de cupons fiscais e respectivos boletos assinados pelos clientes, com indicação dos valores das vendas e que indevidamente foram informadas pela empresa Administradora de Cartão de Crédito. Ressalto que em uma das diligências realizadas, foram entregues ao contribuinte, os relatórios diários das Transferências Eletrônicas de Fundos (TEF), fornecidos pela empresa administradora de cartão, o que possibilitou ao defendente identificar qual cupom fiscal teria sido indicado pagamento em cartão em lugar de dinheiro. No entanto, na oportunidade, nada de concreto foi apresentado, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Ressalto, ainda, que a documentação que o autuado juntou ao processo por ocasião de seu recurso voluntário, não comprova suas alegações, uma vez que não relacionou os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, a fim de confirmar sua argumentação de que muitas das suas vendas por cartão foram registradas equivocadamente como venda à vista.

Pelo que dispõe o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, já acima transscrito, presume-se a ocorrência em questão, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu, ou seja, o ônus da prova, nessas circunstâncias, é do autuado.

No que tange à alegação defensiva de que só se tornou exigível a indicação no cupom fiscal do meio de pagamento da operação ou prestação, a partir de 21/01/04 com a edição do Dec. 8.882/04. Observo que este procedimento já era previsto no Convênio ICMS nº 57/95, mesmo antes de ser regulamentado, portanto era legal. Ademais, o equipamento eletrônico do defendente indicava as formas de pagamento, como pode ser constado à vista da cópia do documento juntado com a defesa à fl. 562, em que a leitura X indica como forma de pagamento “dinheiro, cheque, cartão de crédito, vasilhame, rec. diversos”, o que possibilita identificar corretamente as vendas realizadas por meio de cartão de crédito. Quanto a decisão citada do Acórdão CJF nº 0139-11/05, trata-se de uma única decisão neste sentido prolatada pelo CONSEF, mas que não representa a prevalência das decisões proferidas, motivo pelo qual não pode ser acatada tal alegação.

Em relação à alegação de que a autuante não considerou as operações de “sangria” (retiradas de dinheiros, boletos de cartão, vale refeição, etc), realizadas nos ECF, o diligente da ASTEC/CONSEF, efetuou a exclusão do valor exigido na autuação, dos valores comprovados, conforme demonstrativo juntado à fl. 971, apurando débito total de R\$105.706,36.

No entanto, no que diz respeito à solicitação do sujeito passivo para adoção da proporcionalidade entre as operações tributadas e os totais das operações, entendo que assiste razão ao impugnante, tendo em vista que a exigência em questão se trata de uma presunção fiscal de saídas de mercadorias tributadas, e a empresa autuada exerce atividade de supermercado e lanchonete com grande parte das suas operações de vendas sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação.

Portanto, com base no princípio da razoabilidade, na presente circunstância, considero injusto exigir imposto como se todas as operações não registradas tivessem sido de operações ainda não tributadas.

Ressalto que esse entendimento já vem sendo adotado, conforme outras decisões desse CONSEF.

Dessa forma, através das DMA's que foram acostadas ao processo é possível calcular o percentual das saídas tributadas do autuado em cada mês autuado, percentual este que deve ser considerado para apurar o imposto devido, conforme demonstrativo abaixo, com base no débito apurado pelo diligente às fls. 971, que foi elaborado após as correções devidas:

Período	Diferença	ICMS	Total Saídas	Total Tributáveis	Proporc.	ICMS devido
jan/03	14.485,59	2.462,55	98.143,12	38.257,56	38,98%	959,94
fev/03	71.682,35	12.186,00	97.429,98	40.866,74	41,94%	5.111,38
mar/03	83.799,90	14.245,98	90.360,91	38.618,48	42,74%	6.088,45
abr/03	89.604,22	15.232,72	96.132,25	49.470,65	51,46%	7.838,92
mai/03	43.383,36	7.375,17	88.061,55	46.071,35	52,32%	3.858,48
jun/03	29.374,20	4.993,61	82.426,41	36.134,29	43,84%	2.189,11
Jul/03	28.826,56	4.900,52	97.112,56	43.373,92	44,66%	2.188,75
ago/03	33.677,83	5.725,23	86.961,84	39.134,75	45,00%	2.576,48
set/03	32.481,03	5.521,78	89.285,85	46.073,14	51,60%	2.849,34
out/03	39.984,38	6.797,34	89.111,47	40.013,00	44,90%	3.052,15
nov/03	30.640,45	5.208,88	89.491,91	39.225,84	43,83%	2.283,14
dez/03	31.564,25	5.365,92	106.094,99	46.011,48	43,37%	2.327,10
jan/04	55.170,07	9.378,91	77.868,32	31.060,05	39,89%	3.741,05
fev/04	3.765,81	640,19	93.072,21	40.109,95	43,10%	275,89
mar/04	33.362,11	5.671,56	88.298,49	41.384,09	46,87%	2.658,17
TOTAL	621.802,11	105.706,36	1.369.851,86	615.805,29		47.998,35

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Alíquota	ICMS
31/1/2003	9/2/2003	5.646,68	17,00%	959,94
28/2/2003	9/3/2003	30.066,97	17,00%	5.111,38
31/3/2003	9/4/2003	35.814,43	17,00%	6.088,45
30/4/2003	9/5/2003	46.111,27	17,00%	7.838,92
31/5/2003	9/6/2003	22.696,96	17,00%	3.858,48
30/6/2003	9/7/2003	12.877,12	17,00%	2.189,11
31/7/2003	9/8/2003	12.874,98	17,00%	2.188,75
31/8/2003	9/9/2003	15.155,76	17,00%	2.576,48
30/9/2003	9/10/2003	16.760,82	17,00%	2.849,34
31/10/2003	9/11/2003	17.953,85	17,00%	3.052,15
30/11/2003	9/12/2003	13.430,24	17,00%	2.283,14
31/12/2003	9/1/2004	13.688,84	17,00%	2.327,10

31/1/2004	9/2/2004	22.006,19	17,00%	3.741,05
28/2/2004	9/3/2004	1.622,90	17,00%	275,89
31/3/2004	9/4/2004	15.636,29	17,00%	2.658,17
TOTAL				47.998,35

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180642.0049/04-0, lavrado contra **BARRETO PEIXOTO SUPERMERCADOS E LANCHONETES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.998,35**, acrescido da multa de 70 %, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR