

**PROCESSO** - A. I. Nº 108883.0002/05-6  
**RECORRENTE** - PEPE SOUZA COMÉRCIO LTDA. (SPAGHETTI LILAS)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0277-01/06  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 17/04/2007

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO CJE Nº 0111-12/07**

**EMENTA:** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar argüida. Mantida a Decisão recorrida. Vencido o voto do relator quanto à preliminar de nulidade suscitada. Decisão por maioria. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/03/2005, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito ou de débito, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro, março, abril, maio e julho de 2004, no valor de R\$15.018,84, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de representante legalmente constituída, apresentou defesa às fls. 13 a 17, alegando que os argumentos utilizados como fundamento para a autuação não correspondem à verdade, asseverando que os mesmos se basearam no entendimento de que os valores apurados nas reduções Z de seus equipamentos ECF não correspondiam às informações repassadas pelas operadoras de cartão de crédito. Ressalvou que apesar de ter havido desencontro entre os dados relativos às transações envolvendo cartões de crédito e os valores apurados pelas operadoras, o seu recolhimento mensal de ICMS no período autuado foi superior, conforme planilha e recibo de entrega da Declaração Anual Simplificada, que anexou às fls. 19 a 21.

Observou que no seu ramo de atividade, venda de comida a quilo, ocorre muita oscilação de formas de pagamento, sendo comum o cliente informar que vai pagar a conta em dinheiro e, após a emissão do cupom fiscal, optar por colocar a compra no cartão de crédito, o que faz alterar a forma de recolhimento do imposto, porém não evidencia a omissão de vendas. Disse que as leituras Z do ECF servem para mostrar todas as transações efetuadas pelo contribuinte e se os dados repassados pelas operadoras demonstram valores a maior do que aqueles verificados numa leitura parcial, devem ser analisadas todas as leituras emitidas pelo contribuinte, haja vista que as alterações de forma de pagamento não comprovam a existência de omissão de saída.

Ressaltou que além da autuação ser indevida, por ser baseada em omissão de saídas inexistente, foi utilizada uma alíquota de 17%, não compatível para as empresas abrangidas pelo SimBahia, para as quais o ICMS é reduzido de forma escalonada, de 17% até 1%, estando prevista, ainda, uma redução do imposto a pagar, por cada empregado registrado. Acrescentou que a alíquota referida no art. 16, inciso I, da Lei 7.014/96, para as empresas de pequeno porte e para as microempresas é de 7% e nunca de 17%, como aplicado pelo autuante.

O autuado argüiu que, dessa forma, o Auto de Infração desatendeu à norma, por constrangê-lo a recolher imposto não devido e que a manutenção da autuação se constituiria numa violação ao princípio da legalidade, ao qual se vincula toda a atividade administrativo-tributária, bem como representaria em locupletamento indevido por parte do fisco, uma vez que a manutenção da cobrança de um valor indevido, se configuraria em enriquecimento sem causa.

Concluiu requerendo a anulação do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 26/27, informou que a autuação decorreria do fato do confronto entre os resultados das vendas efetuadas pelo contribuinte através de cartões de crédito/débito com o relatório enviado pelas administradoras de cartões, ter indicado a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Argüiu não haver sustentação a alegação defensiva de que as diferenças apuradas se deviam ao fato de alguns clientes mudarem a forma de pagamento, por não apresentar nenhuma prova documental em favor de suas argumentações e desde quando o levantamento fora baseado nas reduções Z de seus ECF's, nos quais consta como forma de pagamento "*venda em cartão de crédito*", tendo o montante dessas vendas sido inferior aos valores informados à SEFAZ pelas administradoras de cartões, configurando-se a omissão de saídas.

Ressaltou não ser possível intuir que parte dos valores registrados nas reduções Z se referia a pagamentos em dinheiro, pois o que está registrado como venda em cartão tem que ser considerado como tal, sob pena do levantamento ser efetuado com base em suposições.

Em relação à alíquota aplicada, salientou ser aquela prevista para débitos referentes a omissões de saída de mercadorias tributadas e que, considerando o fato do sujeito passivo estar enquadrado no SimBahia, foi-lhe concedido o crédito presumido de 8%, de acordo com o previsto na legislação, conforme planilha comparativa às fls. 06/07 do PAF. Reafirmou o procedimento fiscal adotado.

Considerando não constar dos autos que o sujeito passivo houvesse recebido os Relatórios de Informações TEF – Operações, contendo todas as suas operações individualizadas, informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito e considerando que, de acordo com o disposto no § 3º do art. 824-E, do RICMS/97, nas operações em que o autuado receber pagamentos através de comprovante que não seja impresso no ECF, deverá informar no anverso do referido documento o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número sequencial do equipamento no estabelecimento, a 1ª JJE, em pauta suplementar (fl. 35), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ BONOCÔ, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1) Fossem fornecidos ao autuado, os Relatórios de Informações TEF – Operações contendo todas as suas operações informadas individualizadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito no período da autuação;
- 2) Fosse intimado o autuado a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente, no período da autuação, bem como a apresentar os documentos fiscais e os comprovantes de pagamentos constantes do demonstrativo referido no item anterior;
- 3) Caso o autuado atendesse a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e elaborar demonstrativo de débito em relação aos valores não apresentados.

Em seguida deveria ser entregue ao autuado, cópia dos documentos anexados e dos demonstrativos elaborados pelo diligente. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar a respeito do resultado da diligência. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Constam às fl. 39 e 46 comprovações de entrega, mediante recibo, de cópias dos demonstrativos de fls. 06 e 07 e de arquivos magnéticos contendo todas as operações individualizadas, informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito, referentes ao

período autuado, assim como intimação para que o autuado atendesse a solicitação da diligência requerida, tendo sido concedido, para tanto, o prazo de 30 (trinta) dias.

Em manifestação dirigida à Repartição Fazendária (fl. 50), o autuado alegou que devido às condições de operação do caixa no horário de movimento, a concentração do processo de recebimento expõe o trabalho a enganos, quando podem ocorrer trocas do nome da operadora, mudança do cliente quanto à forma de pagamento, inversão no registro da modalidade de venda, fatos que não significam sonegação, haja vista que declara valores de faturamento bem maiores que aqueles citados pelo autuante.

Afirmou que os valores declarados representaram a soma de todas as suas vendas, principalmente através de cartão de crédito, que se constitui no maior percentual de forma de recebimento das vendas que efetua. As divergências encontradas pela fiscalização seriam consequência de inconsistência de controle, que poderia comprovar com clareza.

Asseverou que em relação ao mês de janeiro de 2003, constataria que vendas no valor de R\$ 1.058,35, que constava como pagamento através de dinheiro, na realidade haviam sido realizadas através de cartão de crédito, conforme relatório anexado às fls. 51 a 61. Requereu um prazo maior para que pudesse provar que as diferenças apontadas se deviam a operações que no cupom fiscal foram consignadas como se fossem realizadas através de cheque e/ou *ticket* alimentação, que, entretanto, se efetivaram através de cartão de crédito e débito.

À fl. 65 consta nova manifestação do autuado, reiterando todos os termos da defesa e alegando que juntara documentos e planilha, através dos quais comprovara não ter havido qualquer omissão de receita, pelo que renovou o requerimento de deferimento da peça defensiva, com a invalidação do Auto de Infração e o cancelamento da suposta dívida discutida nos autos.

Através de Intimação constante à fl. 69, foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para que o autuado atendesse os termos da diligência realizada a pedido desta 1ª JF.

O autuado se manifestou às fls. 71 a 76, afirmando que nas planilhas anexadas, fizera o levantamento, confrontando operações que no cupom fiscal fora registrado como dinheiro, porém que foram realizadas com cartão de crédito e débito. Alegou que o pouco tempo disponibilizado não lhe permitiu identificar todas as diferenças apontadas no Auto de Infração, porém possibilitou levantar as provas de que se houve erro, este foi administrativo, por falta de acompanhamento diário das práticas operacionais de seu funcionário responsável pelo caixa, falha já devidamente corrigida.

Informou que no exercício de 2003 identificou que R\$ 62.654,48 foram erroneamente registrados como dinheiro, enquanto as vendas haviam sido feitas por cartão e que em relação ao exercício de 2004 identificou que R\$ 19.224,51 foram registrados de forma errada como dinheiro, mas se tratavam de vendas por cartão, conforme Planilha 1 (fl. 81) e Planilhas de Cartão de Crédito (fls. 82 a 101).

Solicitou a invalidação da autuação em função das provas levantadas e juntou a peça de defesa inicialmente apresentada. O autuado acostou os seguintes documentos: Planilha Comparativa de Saídas de Mercadorias (fl. 77); recibo de entrega da Declaração Anual Simplificada, ano-calendário 2004 e 2003 (fls. 78/79); Demonstrativo referente a parcelamentos de débito de ICMS relativos ao período de janeiro de 2003 a julho de 2004 (fl. 80); Planilha 1, referente aos lançamentos de operações como dinheiro e que haviam ocorrido através de cartão (fl. 81); Planilhas de Cartão de Crédito (fls. 82 a 101); Relatórios TEF por Operação, acrescidos de informações referentes às saídas como dinheiro nos cupons (fls. 102 a 475) e Reduções Z (fls. 476-A a 670).

O autuante se pronunciou à fl. 674, afirmando que *“apesar da documentação apresentada, não temos meios de discriminar as vendas efetuadas em cartão e registradas como vendas a dinheiro, alegadas pelo contribuinte.”* Ratificou a Informação Fiscal.

Considerando as alegações do autuado de que os valores por ele declarados representavam, em sua grande maioria, vendas através de cartões de crédito e/ou débito, e que os erros porventura existentes se deviam a falha operacional e que teria identificado que nos exercícios de 2003 e 2004 os respectivos valores de R\$ 62.654,48 e R\$ 19.224,51 teriam sido erroneamente registrados como

dinheiro, quando na realidade se tratavam de vendas por cartão, conforme planilhas de fls. 81 a 101; considerando que o documento anexado à fl. 80 se refere a processos de Denúncia Espontânea correspondentes ao período abrangido pela autuação; considerando, por fim, que o autuante alegou não ter meios de apurar os fatos alegados pelo autuado, a 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 679), deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, para que fosse designado diligente revisor, para que este adotasse as seguintes providências:

- 1) Analisasse a documentação acostada pelo autuado e, se fosse o caso, elaborasse novos demonstrativos de débito em relação aos valores não comprovados;
- 2) Verificasse os dados correspondentes aos supostos processos de Denúncia Espontânea, observando se os mesmos tinham relação com o presente lançamento e, sendo cabível, procedesse aos necessários ajustes no demonstrativo elaborado.

Após a diligência, deveria a Repartição Fazendária entregar ao autuado, cópia dos novos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo diligente. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da revisão fiscal. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

A diligente, através do Parecer ASTEC nº 0088/2006 (fls. 681 a 683), informou ter constatado que nos relatórios acostados às fls. 102 a 475, as quatro primeiras colunas se referiam às informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, enquanto que as demais haviam sido preenchidas pelo sujeito passivo, referindo-se às vendas informadas no ECF como sendo em dinheiro e que segundo o autuado teriam ocorrido através de cartões de crédito.

Acrescentou que os valores inseridos no demonstrativo estão de acordo com aqueles registrados nas fitas detalhe, conforme cópias reprográficas anexadas por amostragem às fls. 686 a 690. Observou, no entanto, que os valores repassados pelas administradoras de cartão não coincidem com aqueles informados pelo autuado, além de não terem sido anexados os boletos dos cartões de crédito.

Salientou que sendo consideradas como saídas através de cartão de crédito os valores registrados nas fitas detalhe como venda em dinheiro, deverão os mesmos ser incluídos nos demonstrativos de fls. 06/07, conforme discriminação feita mês a mês para o período da autuação. Concluindo, ressaltou que a aceitação da argumentação do autuado de que foram registradas indevidamente como dinheiro, vendas efetuadas por cartões de crédito, significaria numa alteração do valor do débito do Auto de Infração de R\$ 15.018,84 para R\$ 8.995,36, de acordo com planilha que elaborou e Demonstrativo do Imposto Devido, que anexou à fl. 684.

Quanto às denúncias espontâneas mencionadas pelo autuado, informou que se referem a imposto lançado e não recolhido (fls. 692 a 697), não tendo nenhuma relação com a presente autuação.

Cientificado quanto à diligência à ASTEC, via AR, o autuado não se manifestou.

Através do Acórdão JJF nº 0277-01.06, decidiu a R. 1ª Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto às alegações defensivas, razão não assiste ao autuado *“pois a apuração do imposto no caso da lide está correta, por ter seguido os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, devendo ser aplicada a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02”*, cujo teor transcreveu;
- b) após transcrever o § 4.º, do art. 4.º, da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, decidiu que *“apesar da correção do trabalho realizado pela diligente, que resultou, inclusive, em novo Demonstrativo de Débito, este se baseara tão somente nos demonstrativos elaborados pelo próprio sujeito passivo, os quais trazem valores que segundo suas alegações se referem a vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, as quais, no entanto, constam nos cupons fiscais como tendo sido realizadas através de pagamentos em dinheiro”*,

razão pela qual deixou de “*acatar o referido demonstrativo, tendo em vista que apesar de intimado a apresentar os documentos que serviriam para corroborar suas alegações, o contribuinte não o fez, não tendo juntado aos autos os boletos de cartões correspondentes a tais operações de venda, os quais serviriam para comprovar as suas argumentações, o que resultaria na dedução dos respectivos valores, conforme levantamento realizado pela diligente*”;

c) ressaltou, ainda, “*ter ficado comprovado que os processos relativos às denúncias espontâneas não trazem relação com o caso da lide.*”

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual argumenta “*A diligência realizada pela Auditora fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz solicitou do autuado que anexasse amostragem dos cupons fiscais que refletem as mesmas informações encaminhadas às administradoras de Cartão de Crédito*”, tendo sido o pedido acatado às fls. 686 a 690 dos autos. Salienta que não foram encaminhados os boletos de cartões de crédito, pois segundo a diligente as informações anexadas já bastariam, colocando à disposição do Fisco Estadual os aludidos boletos a qualquer tempo. Ressalta, ainda, que ao tomar conhecimento do Parecer ASTEC jungido à fl. 682, ligou para este Conselho, tendo conversado com os Srs. Josias e Nivea, que o orientaram a ir até o “*SAC Iguatemi efetivar o parcelamento no valor de R\$ 8.995,36, caso concordasse com os novos números, sendo que esses novos números consideram a verdadeira diferença entre o valor informado pelas administradores (sic) e o efetivado pelo autuado.*” Assim, prossegue, foi até o SAC e realizou a negociação do parcelamento do débito, no valor definido através do Parecer ASTEC, tendo realizado o pagamento da primeira parcela, sendo que as demais vêm sendo debitadas diretamente de sua conta corrente. Ao final, pugna pela procedência parcial do Auto de Infração, a fim de que sejam acolhidas as razões constantes do Parecer ASTEC n.º 0088/2006 (fl. 682).

O ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, asseverando que “*o recorrente não trouxe à pretensão de reexame nenhum argumento novo ou, ao menos, qualquer documento que elidissem a infração imputada no presente lançamento de ofício*”. Assim, prossegue, “*diante da falta de interesse recursal, na modalidade adequação, especialmente por conta da comunicação de parcelamento do débito (fls. 720/721), ou seja, reconhecimento expresso da infração*”, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

#### **VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade suscitada de ofício)**

Merece reparos, no meu entendimento, a Decisão proferida em Primeira Instância.

Isso porque, coerentemente com os posicionamentos que temos adotado em outros votos, *ex officio*, suscitamos a nulidade de parte do período objeto da referida infração, especificamente os meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro de 2004, inclusive.

Tal fato se justifica em virtude do fato de que, durante o mencionado período, no nosso entender, não estava ainda em vigor a obrigatoriedade do contribuinte de indicar, no Cupom Fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação, posto que o § 7.º somente foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração n.º 51 (Decreto n.º 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04).

Esse foi, inclusive, o precedente lançado no Acórdão n.º 0139-11/05, da lavra do insigne Conselheiro Ciro Roberto Seifert, que decidiu, de forma unânime por parte da 1.ª Câmara de Julgamento Fiscal, pela nulidade da autuação.

Por outro lado, com relação ao período remanescente, aliamos-nos ao entendimento esposado na decisão de primeira instância, tendo em vista que apesar de intimado a apresentar os documentos que serviriam para corroborar suas alegações, o contribuinte não o fez, não tendo juntado aos autos os boletos de cartões correspondentes a tais operações de venda, os quais serviriam para comprovar as suas argumentações, o que resultaria na dedução dos respectivos valores, conforme levantamento realizado pela diligente.

Destarte, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de decretar, *ex officio*, a NULIDADE do período compreendido entre os meses de janeiro a janeiro de 2004, inclusive, mantendo a ação fiscal em relação aos demais períodos objeto da autuação.

**VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade suscitada de ofício)**

Afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator, segundo a qual no período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 ainda não estava em vigor a obrigatoriedade de o contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS-BA/97 em 21/01/04.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a partir de 21/01/04, porém, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicarem, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05 não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Quanto ao mérito, acompanho o voto do ilustre relator, pois entendo que a infração está caracterizada, uma vez que o recorrente não apresentou provas capazes de elidir a acusação, isto é, não comprovou a sua alegação de que vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito foram indevidamente registradas nos ECFs como sendo a dinheiro. Também restou comprovado que as denúncias espontâneas citadas na defesa nada tinham a ver com os fatos geradores em lide.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou procedente o Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108883.0002/05-6**, lavrado contra **PEPE SOUZA COMÉRCIO LTDA. (SPAGHETTI LILAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.018,84**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade suscitada): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade suscitada): Conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO (Vencido quanto a preliminar de nulidade)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)

ANGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS