

PROCESSO - A. I. N º 118973.0215/06-0  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (PIZZA HUT)  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0204-01/06  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 17/05/2007

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0120-11/07

**EMENTA:** ICMS. 1. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente. Modificada a Decisão recorrida. Restabelecido parcialmente o valor exigido. 2. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA 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. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Vencido o voto do relator quanto à infração 1. Decisão por maioria. E decisão unânime em relação à infração 2.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF referente ao Auto de Infração em análise, lavrado em 07/03/2006, para exigir o pagamento de ICMS, no valor de R\$ 151.752,18, além de multa de R\$ 10.842,06, pelos seguintes motivos:

- 1) Falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributadas, apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, com valor inferior ao fornecido pela 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) Falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de janeiro a junho de 2003, fixada a multa no importe de R\$ 10.842,06.

O autuado, através de representante legalmente constituído, tempestivamente (fls. 132/145), apresentou defesa, argüindo que o Auto é fruto de equívocos quanto à interpretação e aplicação da legislação. Aduz que todas as suas vendas são registradas na 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 que recolheu o ICMS com base na receita bruta, porque o Regulamento do ICMS somente passou a exigir o detalhamento dos meios de recebimento a partir de janeiro de 2004, sendo inaplicável a fatos pretéritos.

Alegou, ainda, que o autuante não procedeu nenhuma verificação nem confrontação nos registros fiscais e, sim, submeteu à tributação todos os valores informados pelas 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 informadas pelas operadoras de cartões, no mesmo período, importam em R\$892.659,83, ou seja, representando, tão-somente, 38% dos registros de vendas do contribuinte.

Prossseguiu afirmando a irretroatividade da norma que impôs a obrigação, em razão do princípio abarcado pelos artigos 105 e 106 do CTN, segundo o qual 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. Salientou não poder o autuado ser prejudicada por utilizar equipamentos que não permitiam registros com separação dos meios de recebimento das vendas (BEMATECH ECF-IF MP-20 FI), além do que, após o Decreto nº 8.882, de 20/01/2004, quando foi introduzido o § 7º, no art. 238 do RICMS/BA, é que surgiu a obrigação do cupom fiscal indicar 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 facultada à autuada fazer o cálculo e pagamento do ICMS com base na receita bruta do estabelecimento, conforme lhe autorizam os arts. 115, III e 504, IV e V, ambos do RICMS/BA.

No tocante à multa formal, transcreveu o art. 708-B, § 5º, bem como a Ementa do Acórdão CJF nº 0034-12/04, visando demonstrar a inobservância dos requisitos legais.

Requeru o acolhimento da defesa para julgar a infração 01 improcedente e nula a infração 02.

O autuante, ao se manifestar 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 emitidos 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, aduziu que o contribuinte deixou de apresentá-los nos meses de janeiro a junho de 2003 e, não sendo inconsistências, o RICMS determina que seja aplicada a multa de 1% sobre os valores das vendas realizadas. Manifestou seu posicionamento pela manutenção da autuação.

A ilustre Relatora da 1ªJJF, após detalhado e cuidadoso relatório, proferiu seu voto, descrevendo, primeiro, a irregularidade de nº 01 do Auto de Infração, asseverando:

*“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.”*

Prosssegue afirmando que o ECF utilizado pelo autuado não permite a indicação da forma de pagamento quando da emissão dos cupons fiscais e, à época, a legislação tributária estadual não determinava tal obrigação, citando decisões desse Colegiado, na linha da improcedência do lançamento efetuado com base em informações das vendas feitas por cartões de crédito/débito antes do Decreto nº 8.882/04, com efeitos a partir de 21/01/2004, consignando:

*“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.”*

Votou pelo descabimento da exigência do imposto constante da infração 01, por inexistir, à época da ocorrência dos fatos, disposição regulamentar, no sentido de obrigar ao autuado a indicação, no cupom fiscal, da forma de pagamento.

Em relação à infração de nº 02, a qual trata de multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, salientou que o autuante deixou de observar os requisitos básicos previstos na legislação, ao intimar o contribuinte com prazo inferior ao que estabelece o RICMS/97, no seu art. 708-B, descaracterizando a imputação da multa indicada no presente lançamento e tornando nulo o procedimento fiscal, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99, face a inobservância do devido processo legal.

Concluiu pela Improcedência da infração 01 e pela Nulidade da infração 02, voto acatado por Decisão unânime dos membros da 1ª JJF, do que decorreu o Recurso de Ofício para a Câmara, conforme determinação legal.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sessão realizada em 09 de novembro de 2006 (fl. 254), decidiu pelo envio dos autos a GEAFI, para que a Gerência informasse se os equipamentos ECFS utilizados pelo autuado possuíam mecanismo que permitisse a identificação do meio de pagamento.

A diligência foi efetivada, tendo o representante da GEAFI informado, às fl. 256, que, segundo o fabricante do equipamento ECF de modelo ECF-IF MP-20FI, qualquer forma de pagamento é contabilizada em apenas uma única maneira, isto é, não existem campos separadamente, para cartões, cheques, tickets.

#### **VOTO (Vencido quanto à Infração 1)**

Trata-se de Recurso de Ofício da Decisão proferida pela 1ª JJF, consoante Acórdão Nº 0204-01/06, que julgou IMPROCEDENTE a infração 1 e NULA a infração 02, lavradas no Auto de Infração nº 118973.0215/06-0.

O Auto de Infração foi gerado em função de divergência entre valores apurados pelo auditor nos registros do autuado e aqueles fornecidos pelas instituições financeiras administradoras de cartões de crédito/débito, no período de janeiro a dezembro de 2003, bem como multa decorrente da falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos por intimação.

Após minucioso exame da proceduralidade, confirmei o entendimento da 1ª JJF, por entender que o voto da Relatora se encontra em estrita consonância com o direito e a justiça, sendo correta a improcedência da infração de nº 01, na medida em que inexiste amparo legal para o lançamento do imposto na forma pretendida pelo autuante, pois a legislação só pode ser aplicada, no particular, a partir do exercício de 2004, além do que não demonstrou o autuante, em momento algum, não estarem os valores fornecidos pelas administradoras de cartões inclusos nos lançamentos de receitas apresentados pelo autuado nos seus registros fiscais.

Na apreciação da infração de nº 02, concordo, de igual modo, com o julgamento da 1ª JJF, uma vez que é fácil se constatar (fl. 06) que o autuante, ao expedir a intimação, não obedeceu ao prazo legal previsto na legislação tributária do Estado, precisamente no art. 708-B do RICMS/97.

Face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgá-lo IMPROCEDENTE, mantendo, na íntegra, a Decisão da Primeira Instância.

#### VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1)

Discordo, com a devida *vénia*, do entendimento do ilustre Relator, apenas quanto a sua decisão no sentido de Não Prover ao Recurso de Ofício, no que tange à Infração 1 do Auto de Infração.

Verifico que a referida infração exige a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$151.752,18, decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Constato, à fl. 12 do PAF, que o mesmo preposto do contribuinte que assinou o Auto de Infração atesta que recebeu “*um CD contendo todas as informações do relatório TEF, relativas às vendas da nossa empresa, através de Cartões de Créditos/Débitos, de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2003*”.

Também observo que o aludido “CD”, à fl. 128 dos autos, armazena todas as operações diárias com pagamento com cartão de crédito/débito, discriminando analiticamente: a data, a modalidade, o valor da operação, o número da autorização e a administradora do cartão, o que ensejou ao contribuinte exercer de forma plena seu direito de defesa, ao possibilitá-lo a realizar a vinculação dos cupons fiscais com seus respectivos “boletos”, emitidos pelo pagamento na modalidade de cartão, consoante foi parcialmente realizado pelo sujeito passivo, às fls. 158 a 180 dos autos, acarretando na comprovação parcial da improcedência da presunção legal.

Assim sendo, entendo que ficou devidamente demonstrada a infração, conforme documento à fl. 15 dos autos, a qual está fundamentada em uma presunção prevista em lei, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2003, tendo o sujeito passivo obtido todas as condições de exercer o seu direito de defesa e provar a improcedência da presunção, o que fez de forma parcial, ao vincular alguns cupons fiscais com os comprovantes dos pagamentos realizados através de cartão de crédito/débito, haja vista que utiliza equipamentos que não permitem registros dos meios de pagamentos, cujo ônus da prova é do contribuinte, por se tratar de uma presunção relativa.

Devo ressaltar que a Decisão recorrida não se sustenta ao se fundamentar em Decisões paradigmas desse Colegiado, relativas aos Acórdãos CJF nº 0184-11/05, JJF nº 0382-04/05, CJF nº 0139-11/05 e CJF nº 0196-12/05, as quais foram revistas e reformado seu entendimento, equivocado, de que era improcedente o lançamento relativo a exercícios anteriores à disposição legal que condicionou ao autuado a indicação da forma de pagamento, quando da emissão de cupons fiscais, nas realizações de suas operações (art. 238, § 7º, do RICMS/BA – Alteração 51 – Decreto nº 8.882/04, com efeitos a partir de 21/01/2004).

E não podia ser diferente, pois, em primeiro plano, a previsão regulamentar é apenas para obrigar ao contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação. Em segundo plano, uma norma regulamentar não se contrapõe a uma norma prevista em lei, cuja previsão foi introduzida através da Lei nº 8.542/02, com vigência a partir de 01/01/2003.

Contudo, cabe razão ao recorrido quando comprova parcialmente a improcedência da presunção legal ao suscitar e provar:

1. A existência de cupons fiscais vinculados aos boletos de pagamento na modalidade de cartão, no montante de R\$ 678,23;
2. A opção pelo regime de apuração em função da receita bruta, acarretando na carga tributária de 5% sobre o valor da base de cálculo do imposto e não de 17% como aplicado pelo autuante;

3. A ocorrência simultânea de vendas de mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada nos índices de 77,42% e 22,58%, respectivamente, conforme fl. 181 do PAF.

Assim, após tais considerações, o débito remanescente do item 1 é de R\$34.528,61, conforme a seguir:

Período	Data Vencimtº	Vendas c/ Cartão	Cupons Fiscais Vinculados	Subtotal	B. C. Merc. Trib. 77,42%	ICMS Devido (5%)
jan/03	09/02/03	57.492,86	678,23	56.814,63	43.985,89	2.199,29
fev/03	09/03/03	61.860,18	-	61.860,18	47.892,15	2.394,61
mar/03	09/04/03	75.605,16	-	75.605,16	58.533,51	2.926,68
abr/03	09/05/03	71.845,40	-	71.845,40	55.622,71	2.781,14
mai/03	09/06/03	77.480,50	-	77.480,50	59.985,40	2.999,27
jun/03	09/07/03	69.449,32	-	69.449,32	53.767,66	2.688,38
jul/03	09/08/03	75.630,00	-	75.630,00	58.552,75	2.927,64
ago/03	09/09/03	79.660,00	-	79.660,00	61.672,77	3.083,64
set/03	09/10/03	74.840,20	-	74.840,20	57.941,28	2.897,06
out/03	09/11/03	85.021,17	-	85.021,17	65.823,39	3.291,17
nov/03	09/12/03	85.582,51	-	85.582,51	66.257,98	3.312,90
dez/03	09/01/04	78.192,53	-	78.192,53	60.536,66	3.026,83
Total		892.659,83	678,23	891.981,60	690.572,15	<b>34.528,61</b>

Do exposto, meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida, no sentido de restabelecer parcialmente o valor original relativo à primeira infração no valor de R\$ 34.528,61.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto à infração 2 e, em decisão por maioria em relação à infração 1, com voto de qualidade da presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 118973.0215/06-0, lavrado contra **POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (PIZZA HUT)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$34.528,61, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1): Conselheiros Fernando Antonio Brito Araújo, Sandra Urânia Silva Andrade e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO (Quanto à infração 1): Conselheiros Oswaldo Ignácio Amador, Valnei de Sousa Freire e Fábio de Andrade Lima.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 1)

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO- VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 1)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. PGE/PROFIS