

**PROCESSO** - A. I. Nº 298616.0015/05-2  
**RECORRENTE** - LUNA PRESENTES LTDA. (BERLOQUE)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0116-05/06  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 08/05/2007

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0138-12/07**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS E NOTAS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF, BEM COMO AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS. 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. Diligência efetuada em segunda instância retificou o valor do imposto devido. Indeferida a solicitação de nova diligência. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 22.006,09, em razão de omissão de operações de saída 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.

O autuado apresentou defesa, pugnando pela improcedência da autuação. Por sua vez, o autuante ratificou a ação fiscal e solicitou a procedência do lançamento. A INFAZ de origem entregou ao autuado uma cópia da informação fiscal e um CD com os relatórios TEF. Ao se pronunciar acerca desses novos elementos, o autuado alegou que o CD lhe deveria ter sido entregue no momento da notificação. Considerando essa alegação do autuado, a 5ª JJF decidiu a reabrir o prazo de defesa.

Em nova impugnação (fls 70/84), o autuado alegou que não lhe foram apresentados os arquivos com as disposições do Protocolo ECF 4/2001. Suscitou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa. Afirmou que a infração não ficou caracterizada, e que a falta do número do documento fiscal nos arquivos entregues pela fiscalização prejudicou a sua defesa. Solicitou a realização de diligência. Em nova informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0116-05/06, o Auto de Infração foi julgado procedente. Ao exarar o seu voto, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade, pois entendeu que o vício que existia no processo foi sanado pela reabertura do prazo de defesa. No mérito, o lançamento foi mantido, uma vez que a 5ª JJF considerou que não foram apresentadas provas capazes de elidir a presunção legal que embasou a autuação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0116-5/06 deve ser reformado.

Inicialmente, o recorrente reitera seu posicionamento manifestado na impugnação inicial de ter havido erro material de fato, quando da imputação de suas vendas com cartão de crédito através de ECF. Afirmar que houve displicência por parte de seus funcionários, os quais registraram vendas a cartão de crédito como se fossem à vista.

Prosseguindo em suas alegações, o recorrente discorre acerca do relatório contido na Decisão recorrida, transcreve dispositivos do RICMS-BA e do Protocolo ECF 04/01 e, em seguida, afirma que a administração tributária recebeu, ou deveria ter recebido, das administradoras de cartão de crédito os números dos documentos fiscais referentes às operações pagas com cartão, conforme previsto no Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ECF 04/01.

Apresenta às fls. 128 a 146 dos autos cópias de cupons fiscais emitidos nos dias 20/01/03, 21/01/03 e 27/01/03, colhidos por amostragem, para comprovar que pagamentos efetuados mediante cartão de crédito foram lançados nos ECFs como se fossem a dinheiro. Aduz que não foi possível apresentar todos os cupons fiscais, pois é grande a quantidade de informações apresentadas nos arquivos magnéticos. Afirma que, no entanto, essas provas justificam a realização de diligência fiscal para comprovar a amplitude e a extensão desses erros. Reitera o pedido de perícia fiscal, apresenta quesitos e indica seu assistente técnico.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo, em razão da não apresentação dos arquivos magnéticos em conformidade com o Protocolo ECF 04/01. Diz que, caso não seja acolhido o pedido de nulidade, seja efetuada a diligência/perícia fiscal solicitada.

Ao exarar o Parecer de fls. 153 a 157, o ilustre representante da PGE/PROFIS ressalta que, por força da presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, cabe ao recorrente o ônus de elidir as possíveis distorções existentes entre as vendas registradas nos ECFs e as discriminado nos relatórios TEFs. Diz que, por esse motivo, não se justifica a realização de diligência fiscal para verificar a existência de erro material de fato. Refuta a alegação de que as administradoras estariam obrigadas a fornecer o número do documento fiscal referente à compra feita por cartão de crédito. Ressalta que a relação obrigacional prevista no Protocolo ECF 04/01 é travada entre as administradoras e o fisco estadual, não havendo assim qualquer participação do contribuinte. Ao finalizar o seu Parecer, o i. procurador opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª CJF decidido convertê-lo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC), para o atendimento das seguintes solicitações: I – que seja intimado o recorrente a apresentar: a) comprovações das operações de saídas que foram pagas mediante cartão de crédito e/ou débito e que foram registradas nos ECFs como sendo a dinheiro, tíquetes, cheques, etc.; b) comprovações das operações de saídas pagas com cartão de crédito e que tenham sido acobertadas por nota fiscal. II – que seja verificada a veracidade das provas apresentadas e, em seguida, sejam excluídas da autuação os valores que ficarem comprovados pelo recorrente; III – que seja verificada a correção da exigência fiscal referente ao mês de janeiro de 2004, uma vez que, segundo o demonstrativo de fl. 10, as vendas constantes nas reduções “Z” são superiores às vendas com cartão; IV – sejam efetuadas as devidas correções no levantamento e, em seguida, seja elaborado um novo demonstrativo de débito para a infração.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC Nº 0183/2005 (fls. 162/165). Aduz o Parecerista que, em atendimento a intimação efetuada, o recorrente apresentou um demonstrativo (fls. 183/231) contemplando o mês de março de 2003 e os dias 21/01, 30/07 e 04/10/2003. Após cotejar esse demonstrativo com os documentos fiscais acostados às fls. 232/378, o preposto da ASTEC constatou que alguns registros existentes nos TEFs correspondem a cupons fiscais de igual valor com a indicação de recebimento em dinheiro, nos valores de R\$ 6.994,05 (mês de mar/03), R\$ 230,70 (dia 21/01/03), R\$ 293,20 (dia 30/07/03) e R\$ 505,60 (dia 04/10/03). Também afirmou que o valor referente ao mês de janeiro de 2004 está equivocado, pois naquela data o valor informado pelas administradoras de cartão de crédito era inferior ao constante nas reduções “Z”. Após efetuar as devidas correções, o diligenciador elaborou um novo demonstrativo de débito, no valor de R\$ 19.830,47 (fl. 165).

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente alega que era muito grande a quantidade de informações apresentadas nos arquivos magnéticos e que, portanto, da forma como foi solicitada, nenhuma diligência conseguiria confrontar os 64.419 registros TEFs com todos os cupons fiscais emitidos. Diz que, tanto esse fato é verdade, que o auditor da ASTEC decidiu realizar a diligência por meio da solicitação, por amostragem, do levantamento dos cupons

fiscais e dos comprovantes de cartões de crédito apenas relativamente ao mês de março/2003, bem como aos dias 21/01/2003 e 04/10/2003. Ressalta que a diligência comprovou que de fato houve erro na imputação dos valores quando do manuseio das informações do ECF. Diz que a utilização da técnica de amostragem para a realização da diligência implica admitir que demais meses não incluídos na amostra também contêm os erros apontados nas impugnações.

Após citar os artigos 148 e 150 do RPAF/99, o recorrente alega que a realização da diligência não se deu pelo autuante ou por auditor fiscal estranho ao feito, pois todo o trabalho de levantamento e da preparação do demonstrativo foi realizado pelo setor de contabilidade da empresa, restando ao auditor fiscal apenas confrontar os valores levantados. Menciona que na impugnação solicitou a realização de perícia fiscal, por ser necessário conhecimento técnico do investigador e, portanto, só poderia ser realizada por um contador. Sustenta que a diligência efetuada foi incompleta, imprecisa e sem tempo hábil para tanto.

Ao finalizar, o recorrente pede que, caso a diligência efetuada seja considerada como válida, os valores referentes aos meses não abrangidos pela amostragem sejam também excluídos da autuação, uma vez que houve erro material de fato. Caso esse pedido não seja aceito, o recorrente requer a realização de perícia fiscal/contábil ou de nova diligência fiscal a ser realizada nas dependências do seu escritório de contabilidade e dentro de um prazo suficiente para se analisar os citados 64.419 registros.

Instado a se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuante expressamente acatou o trabalho efetuado pelo preposto da ASTEC.

Ao exarar o Parecer de fl. 401, o ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para reduzir o valor original do débito para R\$ 19.830,47. O Parecer foi ratificado pelo assistente da PGE/PROFIS.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Nelson Antonio Dahia Filho, de ofício, suscitou a nulidade relativamente aos fatos ocorridos antes de 21 de janeiro de 2004, por entender que até essa data ainda não havia a obrigação de discriminar no cupom fiscal a forma de pagamento da operação realizada.

## VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho, segundo o qual no período abarcado pela presente autuação 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.

Indefiro a solicitação de perícia, pois a prova da alegação recursal não depende de conhecimento especial de técnico. No caso em tela, a ação fiscal foi desenvolvida mediante a aplicação de um roteiro sumário de auditoria fiscal. A prova de improcedência da presunção baseia-se na apresentação de fotocópia de documentos fiscais que, em princípio, deveriam estar em poder do recorrente. Dessa forma, conforme previsto no artigo 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/99, não há necessidade da realização de perícia.

Com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, também indefiro o pedido de diligência, uma vez que considero os elementos já existentes nos autos como suficientes para a formação do meu convencimento. Além disso, por determinação desta 2ª CJF já foi efetuada diligência visando dar ao recorrente a oportunidade de apresentar as suas provas.

No que tange à diligência realizada pela ASTEC, entendo que a mesma é válida e responde de forma satisfatória as questões suscitadas por esta 2ª CJF. O ônus da prova da improcedência da presunção legal cabia ao recorrente, portanto, o auditor fiscal da ASTEC acertadamente intimou o recorrente para que lhe apresentasse os demonstrativos e documentos fiscais que fossem capazes de elidir a presunção. Não há como prosperar a alegação recursal de que o diligenciador da ASTEC tenha efetuado a revisão por amostragem, uma vez que a intimação acostada à fl. 174 comprova que o recorrente foi intimado a apresentar “demonstrativo analítico e por mês de todo o período compreendido pela ação fiscal”. As peças processuais comprovam que foi o recorrente quem apresentou demonstrativo que englobava apenas parte do período em questão.

No lançamento em lide, o recorrente foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante o levantamento das vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão. O disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza à fiscalização a presumir a omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

Objetivando elidir a presunção legal, o recorrente alegou ter havia erro material de fato. Todos os erros comprovados pelo recorrente foram excluídos da autuação, mediante a diligência efetuada pela ASTEC. Quanto aos demais erros, inclusive os alegados erro no manuseio dos ECFs, não há como acolher a alegação recursal, pois não restaram comprovados. Caso o recorrente venha a obter provas da efetiva existência desses erros, poderá apresentá-las quando do exercício do controle da legalidade. Também foi acertadamente excluída da autuação a parcela referente ao mês de janeiro de 2004, uma vez que a exigência fiscal estava equivocada.

No que tange ao Protocolo ECF 04/01, conforme já bem explicado pelo representante da PGE/PROFIS, trata-se de um dispositivo que diz respeito exclusivamente às administradoras e ao fisco. Caso tenha ocorrido qualquer inobservância do disposto no citado Protocolo por parte das administradoras, nada prejudica a presente autuação.

Tendo em vista que cabia ao recorrente o ônus de comprovar a improcedência da presunção legal, o que só ocorreu parcialmente, acato o resultado da diligência e considero que a infração subsiste parcialmente, no valor de R\$ 19.830,47.

Por se tratar de questão de prova, caso o recorrente venha a conseguir elementos capazes de comprovar a regularidade de alguma oposição, ele poderá apresentar esses elementos quando do exercício do controle de legalidade.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$19.830,47, conforme demonstrativo de débito à fl. 165.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298616.0015/05-2**, lavrado contra **LUNA PRESENTES LTDA. (BERLOQUE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.830,47**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. PGE/PROFIS