

A. I. N° - 019290.0013/05-0
AUTUADO - POSTUDO RESTAURANTE E COMÉRCIO DE PROD. ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR DE CARVALHO GOMES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08/08/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-03/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. Diferença apurada mediante levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2005, refere-se à exigência de R\$48.703,63 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2003 e 2004. Consta, na descrição dos fatos, que a omissão foi apurada mediante o confronto das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito declaradas e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 20 a 30), suscitando preliminar de nulidade, inicialmente citando o art. 39, inciso III, do RPAF/99, argumentando que ao Fisco, caberia detalhar os fatos e descrever com objetividade, indicando a circunstância em que se deu a omissão de saída de mercadoria tributável apontada como base para a exigência fiscal. Diz que o presente lançamento é impreciso e baseia-se em situação inexistente, não comprovada, nem prevista como fato gerador do ICMS. Por isso, entende que está consumada a hipótese de nulidade prevista nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99. Cita como exemplo o Acórdão CJF 0005-12/05, cuja decisão foi pela nulidade do lançamento. Quanto ao mérito, alega que a presente autuação fiscal não pode prosperar, por ser desprovida de base legal. Salienta que, somente com o advento do Decreto nº 8.882, de 20/01/2004, é que surgiu a obrigação de que o Cupom Fiscal indique o meio de pagamento utilizado na respectiva operação, e esta questão já foi analisada por este Conselho, que declarou improcedente a exigência do ICMS com base nas informações prestadas por operadores de cartões referentes a períodos anteriores à mencionada exigência regulamentar. Neste sentido, cita o Acórdão CJF N° 0184-11/05, e salienta que a autuação também não pode prosperar em relação a qualquer período alcançado pela fiscalização porque as vendas registradas são superiores aos valores informados pelas operadoras de cartões de crédito ou de débito. Assegura que os valores utilizados pelo autuante já foram objeto de tributação dentro da sistemática legal de recolhimento adotada pela empresa, tendo em vista que é optante pelo regime SIMBAHIA, e nesta condição, calcula o ICMS aplicando sobre o faturamento a alíquota prevista para as Empresas de Pequeno Porte, conforme a faixa de enquadramento. Diz que o CONSEF já decidiu que só cabe aventar omissão de receitas e cobrar ICMS quando as receitas informadas pelas operadoras de cartões de créditos forem superiores às vendas registradas pelo contribuinte. Cita o Acórdão JJF 0226-03/05, argumentando que esse entendimento é necessário para evitar a cobrança arbitrária do imposto. O defendente alega, ainda que o ECF em uso não detalha os meios de recebimento, os cupons de leitura “Z” não detalham as formas pelas quais as vendas foram pagas. Por isso, a empresa no uso da faculdade conferida no § 4º, do art. 824-E, do RICMS, autorizou que as vendas efetuadas através de cartões de débito e crédito fossem

informadas à SEFAZ pelas respectivas operadoras. Salienta que a ausência de detalhamento das receitas no ECF jamais poderá servir de pretexto para o Fisco presumir a existência de sonegação e este Conselho também já declarou que não procede a cobrança efetuada em situação idêntica, conforme Acórdão JJF Nº 0220-01/05, cuja ementa transcreveu à fl. 29. Por fim, o defendente requer seja acolhida a preliminar de nulidade suscitada, e se este não for o entendimento deste órgão julgador, que a autuação fiscal seja julgada totalmente improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 70/71 dos autos, em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, argumenta que, quando os valores das vendas lançadas na redução “Z” não identificar a forma de faturamento, deve ser lavrado o Auto de Infração pela totalidade da diferença, se for o caso. Portanto, o autuante entende que existem provas nos autos para respaldar a exigência fiscal. Quanto ao mérito, argumenta que a autuação está provida de certeza, segurança e exatidão, e de forma inusitada o autuado afirma que irá continuar com o ECF até quando o equipamento estiver funcionando, mesmo que não ofereça condições para que as máquinas leitoras de cartões de crédito sejam acoplados ao seu software operacional. Em relação aos acórdãos citados pelo defendente, o autuante diz: “sou um intérprete da legislação, cabendo a mim tão somente aplicá-la”.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 74), para que fosse providenciada a entrega ao contribuinte de cópias dos Relatórios de Informações TEF - Diários, e por operação, mediante recibo, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Foi solicitado, ainda, que informasse ao autuado de que as cópias dos comprovantes de pagamentos mediante cartão de crédito ou de débito e dos respectivos documentos fiscais fossem anexados aos autos para comprovar as alegações defensivas.

Em 13/12/2005 o presente processo foi devolvido ao CONSEF (fl. 77) com a informação de que o contribuinte foi intimado e não compareceu no prazo estabelecido, ou seja, decorrido o prazo concedido, o autuado não se manifestou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0021-05/06 (fls. 83 a 86), a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência do Auto de Infração, por entender que o autuado não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

O autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 101 a 113), alegando que o julgamento de primeira instância foi proferido em contrariedade com as regras processuais, e que houve cerceamento do direito de defesa. Por isso, pede a nulidade da decisão proferida na primeira instância.

A PGE/PROFIS, por meio do Parecer à fls. 783 a 786, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário.

Conforme Acórdão CJF Nº 0189-12/06 (fls. 794 a 797), a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, tendo constatado que o recorrente não foi notificado acerca da reabertura do prazo de defesa, haja vista que foi concedido apenas o prazo de cinco dias para o autuado entregar os demonstrativos e comprovantes solicitados na intimação à fl. 78, e por isso, a decisão recorrida foi proferida com preterição do direito de defesa. Foi determinado o retorno do PAF para saneamento e novo julgamento.

Esta 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 809), para o autuante anexar os Relatórios de Informações TEF - Diários, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado; a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Informações TEF – Diários, com a indicação do prazo de 30 (TRINTA) dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, REABRINDO O PRAZO DE DEFESA. Foi solicitado para constar na intimação, a informação de que, para comprovar as alegações defensivas, o contribuinte deveria apresentar cópias dos boletos correspondentes às vendas realizadas com pagamentos por meio de cartões e respectivos documentos fiscais.

O contribuinte foi intimado da reabertura do prazo de defesa (fl. 810), e apresentou nova impugnação às fls. 812 a 822, aduzindo que a autuação é totalmente **nula**, por entender que não há como se determinar a infração, inexistindo a segurança e clareza, exigidas pela legislação. Afirmar que à época dos fatos, a empresa utilizava um equipamento ECF Bematech, modelo IF MP-20 FI II, que não permitia separação dos valores recebidos pelas vendas registradas, conforme atesta o próprio fabricante, constatando-se também nos cupons de leitura “Z”, anexados à impugnação inicial. Diz que todos os valores registrados neste tipo de equipamento são informados em uma só rubrica, mesmo que recebidos em espécie ou por meio de cheques, cartão de crédito ou de débito, e tal limitação pode ser facilmente confirmada pelo departamento técnico da SEFAZ. Salienta que é de conhecimento comum, que nos restaurantes dificilmente se tem um só pagamento para cada conta, uma vez que as despesas são divididas entre duas, três ou mais pessoas, e por isso, para um só cupom fiscal podem ser feitos pagamentos por diversas formas, inclusive cartões de crédito de pessoas e bandeiras diferentes. Diz que não há qualquer possibilidade de se fazer o confronto solicitado na fl. 74, e o Fisco não pode exigir imposto sem comprovar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, consoante o art. 113, do CTN, salientando que o CONSEF, em idêntica situação, decidiu que o Fisco não tem meios nem autorização legal para fazer cobrança de ICMS, e decidiu pela nulidade da autuação, Acórdão CJF Nº 0272-12/06. Argumenta também, que independente da nulidade da autuação, não ficou configurada qualquer situação que comprove a existência das omissões indicadas na autuação; a cobrança do imposto não tem qualquer cabimento, porque todas as vendas realizadas pela empresa no período fiscalizado foram regularmente registradas, o que está comprovado pelos demonstrativos do autuante e nas DMEs, haja vista que as vendas declaradas pela empresa em 2003 foram R\$281.281,24 e R\$317.429,87, enquanto as operadoras de cartões informam recebimentos de R\$259.513,98 e R\$281.637,70, respectivamente. Cita o Acórdão JJF Nº 0226-03/05, no qual a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência da autuação. Diz que a empresa reuniu informações e elaborou demonstrativos mensais acompanhados de cópias de leituras diárias, fez um levantamento diário dos recebimentos por cartões de crédito ou de débito para confrontá-los ao final de cada mês com os recebimentos informados pelas administradoras dos mesmos cartões, ficando comprovado que os recebimentos por meio de cartões foram regularmente registrados, o que pode ser confirmado mediante revisão da ASTEC, que requer. Entende que não se pode retroagir a norma que impõe o detalhamento dos meios de recebimento, considerando que somente com o advento do Decreto nº 8.882, de 20/01/04, que introduziu o art. 238 ao RICMS-BA, quando surgiu a obrigação de se registrar no ECF o meio de pagamento utilizado na respectiva operação, conforme já decidiu este CONSEF, por meio do Acórdão CJF Nº 0184-11/05 e Acórdão JJF Nº 0382-04/05. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 830/831), aduzindo que em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente, os argumentos apresentados nas razões de defesa estão em desacordo com a orientação da DPF, e em reuniões com a Supervisão, ficando estabelecido que, sendo constatados valores de vendas lançados nas reduções “Z” sem identificar a forma de pagamento ou constando zero no valor das vendas por meio de cartão, sendo inferiores os valores declarados pelas administradoras de cartão de crédito, deve ser exigido o imposto pela totalidade ou pela diferença, se for o caso. Diz que não há como ser acatada a alegação do autuado em relação ao julgamento da 2ª Câmara de Julgamento fiscal, porque a empresa apresentou os demonstrativos e relatórios e o defendente se equivocou em relação à prova apresentada quanto ao fato apurado, e não resta dúvida de que o art. 824-E, inciso VII, do RICMS-BA possibilita o confronto entre os registros do ECF com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito.

Considerando a alegação do autuado de que todos os valores registrados em seu equipamento são informados em uma só rubrica, mesmo que recebidos em espécie ou por meio de cheques, cartão de crédito ou de débito, esta 3ª JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 835), para Auditor Fiscal estranho ao feito intimar o autuado a apresentar demonstrativo referente aos

boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartão de crédito ou de débito e os correspondentes documentos fiscais. Sendo apresentado o mencionado demonstrativo, o diligente fazer o confronto com os documentos originais do autuado e excluir do levantamento fiscal os valores comprovados, elaborando demonstrativo do débito remanescente.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 053/2007 (fls. 836 a 838), o diligente intimou o contribuinte na forma indicada, e o mesmo apresentou um arrazoado (fls. 839/840), informando que não há possibilidade de produzir o demonstrativo na forma solicitada, por falta de condições técnicas, porque o ECF utilizado à época não permitia registrar a informação quanto à forma de pagamento pelas vendas realizadas. Acrescenta que as despesas em restaurantes são geralmente divididas entre várias pessoas, podendo, para uma mesma conta, haver recebimentos por vários cartões, e seguindo orientação estabelecida no § 4º do art. 824 do RICMS/BA, vigente até 18/01/2006, o defendente entende que estaria desobrigado de fazer as anotações previstas no § 3º do mencionado artigo.

No arrazoado de fls. 839/840, o defendente argumentou que de acordo com os demonstrativos de detalhamento das receitas que elaborou, apenas nos meses de janeiro, maio e dezembro de 2004 apresentam pequenas diferenças entre as informações das operadoras e os totais mensais registrados, e tais diferenças podem ser objeto de cobrança do ICMS, no total de R\$520,75, jamais o imposto exigido no presente Auto de Infração.

O diligente acostou aos autos planilha (fls. 841 a 843) e declaração de faturamento dos exercícios de 2003 a 2006 (fls. 844 a 847) e informa que, com base nas leituras “Z” e DME apurou o faturamento do autuado em períodos posteriores à ação fiscal, quando o ECF já identificava os meios de pagamento, identificando os seus percentuais, os quais se aproximam dos apontados pelo contribuinte.

A repartição fiscal expediu intimação ao autuado (fl. 911), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 053/2007, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente, e o autuante também tomou conhecimento (fl. 913), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do lançamento, suscitadas pelo autuado, por cerceamento de seu direito de defesa, haja vista que, em relação ao argumento de que o Auto de Infração é impreciso, os demonstrativos elaborados pela autuante são auto-explicativos e de fácil compreensão, tanto que o contribuinte apresentou a sua defesa de forma bem elaborada demonstrando que os entendeu perfeitamente. Os alegados erros cometidos nos demonstrativos apresentados pelo preposto fiscal se referem ao mérito da lide e serão apreciados no momento apropriado.

Quanto à alegação de falta de descrição objetiva dos fatos, a infração foi indicada de forma clara e precisa, permitindo a sua compreensão pelo sujeito passivo. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade da autuação.

Em relação ao argumento defensivo de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas no autos.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável 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 de crédito, nos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativos às fls. 08 e 10.

Na impugnação apresentada, o contribuinte alega que os valores registrados em seu equipamento são informados em uma só rubrica, mesmo que recebidos em espécie ou por meio de cheques, cartão de crédito ou de débito, e tal limitação pode ser facilmente confirmada pelo departamento técnico da SEFAZ. Salienta que é de conhecimento comum, que nos restaurantes dificilmente se tem um só pagamento para cada conta, uma vez que as despesas são divididas entre duas, três ou mais pessoas, e por isso, para um só cupom fiscal podem ser feitos pagamentos por diversas formas, inclusive cartões de crédito de pessoas e bandeiras diferentes.

Observo que em relação às cópias de documentos acostadas aos autos pelo contribuinte, há comprovantes com indicação do tipo de recebimento, em dinheiro, cheque e cartão, a exemplo da fl. 305 do PAF, o que não confirma a alegação defensiva, e de acordo com a diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuado recebeu as cópias dos Relatórios de Informações TEF – Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, e embora tenha apresentado nova manifestação, os argumentos são os mesmos da impugnação inicial.

Vale ressaltar, que está sendo exigido imposto relativo às mercadorias saídas sem documentos fiscais, e ao contrário do que alega o autuado, Convênio ICMS 01/98 estabelece em sua cláusula quarta:

***Cláusula quarta** A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feita por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.*

Assim, de acordo com a cláusula acima reproduzida, no Convênio ICMS 01/98 já foi estabelecido que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal. Portanto, não acato a alegação defensiva de que somente com o advento do Decreto nº 8.882, de 20/01/04, que introduziu o § 7º ao art. 238 do RICMS-BA, quando surgiu a obrigação de se registrar no ECF o meio de pagamento utilizado na respectiva operação, tendo em vista que a exigência de vinculação do cupom fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação é previsto a partir do Convênio 01/98.

Quanto à presunção que ora se aplica, prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, que transcrevo abaixo, foi introduzida na mencionada Lei, a partir de 28/12/2002, por meio da Lei nº 8.542, de 27/12/2002:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Para comprovar as suas alegações, o defendente deveria apresentar os comprovantes dos boletos relativos às vendas efetuadas com cartões de débito/crédito, correlacionando-os com notas fiscais e cupons fiscais emitidos, mesmo que esses documentos tivessem registrado as mencionadas vendas como se fossem em dinheiro.

Portanto, se o autuado apresentasse com a sua impugnação, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, as cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões de

débito/crédito, possibilitaria uma análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado e apuração de saldo remanescente.

No que se refere ao argumento defensivo de que houve vendas declaradas superiores aos totais informados pelas administradoras de cartão, valores que foram objeto dos demonstrativos elaborados pelo preposto da ASTEC, não pode ser acatado, haja vista que, no total das vendas alegadas pelo defendente, encontram-se todas as modalidades de pagamento (dinheiro, cartão, cheque, etc) e o autuado não comprovou a alegação de que houve vendas em cartão registradas como se fossem em dinheiro ou cheque, bem como em relação à proporcionalidade de mercadorias sujeitas à substituição tributária, alegada em sua impugnação. Ademais, as cópias dos documentos apresentados pelo defendente não são cupons fiscais, constando a seguinte observação: “NÃO SUJEITOS AO ICMS”.

Observo que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98. Portanto, os cálculos efetuados pelo autuante estão de acordo com a legislação em vigor.

Entendo que não ficou comprovada nos autos a alegação defensiva, haja vista que o sujeito passivo não apresentou quaisquer documentos que comprovassem a efetiva existência de documentos fiscais e respectivos boletos, para elidir a exigência fiscal, estando, portanto, caracterizada a infração apontada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019290.0013/05-0**, lavrado contra **POSTUDO RESTAURANTE E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$48.703,63**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR