

PROCESSO - A. I. Nº 118973.0215/06-0
RECORRENTE - POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (PIZZA HUT)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0120-11/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08/04/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-11/08

EMENTA: ICMS. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, que reformou no mérito a da primeira instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Condições presentes. No mérito, deve ser mantida a Decisão proferida pela 1ª CJF, já que o contribuinte não conseguiu elidir a presunção de omissão de saídas prevista no art. 2º, §3º do RICMS/97. Recurso **CONHECIDO E NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 1ª CJF, proferida através do Acórdão CJF nº 120-11/07 que deu provimento parcial ao Recurso de Ofício interposto através do Acórdão JJF nº 0204-01/06, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe e reformando o mérito da Decisão da Primeira Instância quanto ao item 1 da autuação, julgado improcedente pela JJF, restabelecendo parcialmente a exigência fiscal, que imputa ao recorrente a 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 presente Pedido de Reconsideração – fls. 278 a 285 – alega o recorrente, através de advogado regularmente constituído, que as Primeira e Segunda Instâncias não adentraram no exame de todas as questões suscitadas em sua Impugnação e em seu Recurso Voluntário, respectivamente. Aduz que em sua defesa alegou que não há como se falar em presunção de omissão de receitas de vendas quando os valores registrados e submetidos à tributação (ECF e escrita fiscal) são muitos superiores aos valores informados pelas operadoras de cartões de débito e crédito, bem como alegou que em face da limitação técnica do ECF que utiliza - que não aceita o registro detalhado dos meios de recebimento (dinheiro, cartão, cheque, etc.) - não é possível se fazer a confrontação diária imaginada pela fiscalização, ou seja, o roteiro utilizado pelo autuante seria absolutamente inaplicável ao caso sob exame.

Acrescentou que, no seu julgamento, a 1ª CJF ao reformar a Decisão da JJF validou o procedimento equivocado do autuante, com base em entendimento contrário à orientação do CONSEF, afirmando-se que a falta de previsão regulamentar não desobriga o contribuinte de fazer a prova negativa, já que o relator entendeu que caberia a este apresentar cada comprovante individual de registro fiscal dos valores recebidos por meio de cartões de crédito, quando a legislação da época não fazia qualquer imposição neste sentido. Asseverou, ainda, que a Decisão da CJF definiu que a diferença levantada pode servir de base de cálculo para cobrança do ICMS, a partir da Lei nº 8.42/02, esquecendo-se que o fato relatado não se enquadra na descrição legal invocada para justificar a autuação, e também que há possibilidade prática de se fazer a confrontação que se exige, em razão das limitações técnicas dos equipamentos fiscais.

Entende que a Decisão deve ser reformada, pois a presunção regulamentar que fala em suposta omissão de receitas de vendas nestas situações, vigente a partir de 21/01/2004, é bem objetiva e

somente considera esta hipótese quando “a escrituração indicar valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”. Sendo, assim, conclui que sendo as suas vendas registradas nos equipamentos de uso fiscal e nos livros fiscais muito superiores aos valores informados pelas referidas operadoras, não há base jurídica para a exigência fiscal.

Acrescenta, ainda, que não se pode querer que o contribuinte realize prova negativa que a lei não lhe atribui, e que deve ser atentado que a empresa seguiu a orientação do §4º do art. 824-E do RICMS/BA, vigente até 18/01/2006, e autorizou todas as operadoras de cartões de crédito a repassarem as informações sobre suas vendas para a SEFAZ/BA, ficando desobrigada de fazer as anotações previstas no §3º do referido dispositivo.

Entende, assim, que não há informações disponíveis – dispensadas pela SEFAZ/BA – e condições técnicas para se fazer a confrontação imaginada pela fiscalização, diante, inclusive, da complexidade da tarefa frente a grande quantidade de operações envolvidas, daí porque apenas a empresa conseguiu realizar algumas poucas associações entre cupom fiscal e recebimento por cartões, mas suficientes para evidenciar a regularidade de seu procedimento, daí porque solicita revisão da autuação, pois todos os documentos - cupons fiscais e boletos de pagamento por cartão – estão à disposição da fiscalização.

Ao final, cita os Acórdãos JJF 0226-03/05 e CJF 0272-12/06, como decisões que teriam corroborado suas teses, e requer o acolhimento do Pedido para modificar a Decisão recorrida e julgar improcedente o item 1 da autuação.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer às fls. 290 a 293, consigna de início que em relação ao primeiro argumento fático do recorrente que alega não ter sido apreciado – registros das vendas no ECF de uso da empresa não fazer a distinção da forma do pagamento utilizado – houve manifestação expressa, conforme fls. 267 dos autos. Quanto ao segundo argumento, consigna que de fato nas decisões anteriores não houve manifestação expressa, daí porque opina pelo conhecimento do pedido de Reconsideração para que este seja enfrentado.

No mérito, assevera que embora o contribuinte entenda que a presunção prevista no art. 2º, §3º do RICMS/BA apenas pode ser empregada quando os valores de venda registrados pela empresa são inferiores aos informados pelas administradoras de cartão, o mesmo, contudo, refere-se ao fato que, uma vez identificadas vendas atreladas a pagamentos com cartão em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras, impõem-se a presunção de omissão de saídas, sendo tal fato que ocorreu no caso em exame, após o levantamento fiscal realizado pelo autuante, onde se apurou esta divergência. Aduz que a alegação de que as vendas totais da empresa foram em valores superiores aos valores de vendas com cartões, informados pelas administradoras, não elide a infração, fazendo-se necessário que a empresa apresente os cupons fiscais dessas operações indicadas pelas instituições financeiras, demonstrando, assim, que o imposto foi recolhido, o que não foi feito pelo contribuinte anda que tenha tido acesso ao Relatório TEF detalhado, que lhe foi entregue.

Conclui a procuradora que a negativa da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, e como o recorrente não trouxe prova neste sentido, o Pedido de Reconsideração não deve ser provido.

VOTO

Da análise dos requisitos exigidos pela nossa legislação processual para o juízo de admissibilidade da presente espécie, de logo devemos consignar que os mesmos encontram-se preenchidos, nos termos previstos no art. 169, I “d”, do RPAF.

E de fato, reza o art. 169, I, “d”, do RPAF/99, que caberá, com efeito suspensivo, para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, pedido de reconsideração da Decisão de Câmara que tenha reformado no mérito a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Já o inciso V do art. 173 do mesmo RPAF, preconiza que não se conhecerá o Recurso sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na alínea "d" do inciso I do art. 169.

Da leitura dos citados dispositivos, vê-se que existem dois requisitos ou pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal que tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

No presente caso, o Acórdão recorrido reformou a Decisão de Primeira Instância, dando provimento parcial ao Recurso de Ofício, restabelecendo em parte a exigência fiscal imposta no item 1 da autuação. Estando, assim, preenchido o primeiro destes. Quanto ao segundo requisito, como bem ressaltou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS nos autos, apenas uma, das duas matérias que o recorrente alega ter suscitado e não terem sido apreciadas nas decisões anteriores, de fato não o foi.

E de fato, a alegação da empresa de que o seu equipamento ECF não permitia a distinção entre a forma de pagamento utilizado, foi devidamente apreciada pela JJF em sua Decisão, conforme transcrição abaixo de parte do voto exarado pela Primeira Instância, tendo sido, inclusive, fundamento para a Decisão pela improcedência da autuação em tela:

“Na impugnação, o autuado, em relação à infração 1, demonstra que à época da ocorrência dos fatos, janeiro a dezembro de 2003, o seu equipamento emissor de cupom fiscal – ECF, que foi devidamente autorizado pela SEFAZ não fazia referência à forma de pagamento, trazendo, inclusive, aos autos cópia de leituras “Z” (fls. 154 a 157), para demonstrar suas afirmações. 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.”

Tal matéria também foi objeto de apreciação pela Segunda Instância, inclusive ocasionando diligência, sendo abordada no voto do relator do voto vencedor, conforme excerto abaixo, sendo considerada questão irrelevante para o afastamento da exigência, que foi mantida em parte:

“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.”

Quanto à segunda questão que não teria sido apreciada - valores totais de venda registradas nos livros fiscais da empresa, superiores aos informados pelas administradoras, o que afastaria a presunção de omissão por falta de amparo na norma do art. 2º do §3º do RICMS/BA – de fato ela não foi enfrentada pelas instâncias anteriores de julgamento, cabendo, assim, o conhecimento do Pedido de Reconsideração para apreciação do seu mérito.

Assim, somos pelo Conhecimento do presente Recurso.

No mérito, também concordo com o opinativo da douta PGE/PROFIS ao se manifestar sobre a tese do contribuinte, afastando-a como apta a alterar o julgado da Câmara de Julgamento Fiscal.

Vejam os que dispõe a Lei nº 7.014/96, em seu art. 4º, §4º, quanto às presunções de omissão de saídas tributáveis (repetida no art. 2º do §3º do RICMS/BA):

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 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.”

Da leitura do referido dispositivo o recorrente extraiu a tese de que apenas haveria a presunção em tela caso os valores de venda registrados pela empresa fossem inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, mas como suas vendas totais são superiores – como alega – não caberia tal presunção. Ora, absolutamente isto não é o que diz a norma em apreço. A presunção tem como base a informação por parte das administradoras das operações realizadas pelas empresas através do uso dos cartões de crédito que é cotejado com as operações registradas nos equipamentos fiscais utilizados pela empresa.

Deste cotejamento, apurou-se divergência entre os valores informados e os registrados nos equipamentos, ou seja, foram identificadas vendas atreladas a pagamentos com cartão de crédito em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras, impondo-se a presunção de omissão de saída, com lastro no dispositivo acima transcrito.

A presunção em apreço é relativa, cabendo, portanto, prova em contrário, e esta prova cabe ao contribuinte, como determina a parte final do multicitado dispositivo legal. Aliás, a empresa em parte conseguiu desincumbir-se desta tarefa, pois apresentou prova que elidiu em parte a exigência fiscal, o que foi acatado pela Câmara. Não se trata, portanto, de prova negativa, mas de ônus da prova que lhe cabe, e não ao Fisco. Todos os documentos estão em seu poder, bem como os relatórios TEFs, com o registro diário dos valores consignados nos ECFs, o que permite ao contribuinte fazer a vinculação necessária para elidir a exigência fiscal, ou seja, vincular alguns cupons fiscais com os comprovantes dos pagamentos realizados através de cartão de crédito/débito.

Por último, cito o art. 143 do RPAF, no sentido de que a simples alegação do não cometimento da infração não elide a presunção de legitimidade da ação fiscal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado mantendo-se a Decisão exarada pela 1ª CJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER E NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS