

PROCESSO - A. I. N° 108883.0050/05-0
RECORRENTES - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL e NARANDIBA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - NARANDIBA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFICIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0190-02/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/04/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF N° 0067-12/09

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ficou demonstrado mediante diligência fiscal que o contribuinte, no período da autuação, utilizava equipamento ECF/MR, sem recursos que lhe permitissem cadastrar os meio de pagamento. Mesmo que o recorrente informasse esses dados nos documentos fiscais, não era cabível a aplicação do roteiro de auditoria fiscal, já que as reduções “Z” não discriminavam as vendas a cartão de crédito ou débito, razão por que o lançamento de ofício carece de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o montante do imposto devido. Auto de Infração **NULO**. Modificada a Decisão recorrida. **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e De Ofício interpostos contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$122.505,32, sob acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis através de pagamentos não registrados, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de abril a dezembro de 2004, e janeiro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 10.

O autuado apresenta defesa discorrendo primeiramente sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade, e da tipicidade cerrada.

Argúi a nulidade da autuação sob alegação de que ação de que o lançamento apresenta omissões e incorreções de natureza grave. Solicita que seja aplicado o disposto no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, na hipótese do não acatamento desta preliminar, e deferidos os seus pedidos de diligências. Sustenta ainda a nulidade do auto em decorrência do cerceamento do seu direito de defesa, argumentando que os documentos que lhe foram entregues, cópia do AI e do demonstrativo do débito, não são suficientes para a elaboração de sua defesa e do contraditório. E também que não lhe foi fornecido o Relatório de Informações TEF-Operações, em “formato de papel”, onde constem todas as operações informadas pelas Administradoras de Cartões, discriminando o dia, a administradora, o número da autorização, o valor da operação, e a natureza da operação (se débito e/ou crédito), e a relação das operações que constam no Relatório, e que não constam nas bobinas de máquinas – ECF - que serviram de base à autuação.

Ainda em preliminar, invoca o artigo 39, inciso II, do RPAF/99, para alegar a falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal.

Quanto ao mérito, arguiu a improcedência da autuação argumentando que:

- a) A empresa possui Emissor de Cupom Fiscal devidamente registrado na Secretaria da Fazenda, cumprindo todas as formalidades legais previstas na Legislação Tributária.
- b) De acordo com o modelo do ECF-MR, o equipamento é modelo antigo e não discrimina na fita detalhe quando as operações são efetuadas através de Cartão de Crédito e/ou Débito, processando todas as vendas como se fossem recebimentos em “DINHEIRO”.
- c) Quando o cliente efetua suas compras, as mesmas são digitadas pelo operador do ECF-MR, é emitido o cupom fiscal, daí o cliente quando declara que vai efetuar o pagamento através de cartão, apresenta o Cartão de Débito e/ou de Crédito que é passado na maquina manual ou POS-Terminal Eletrônico, que não estão acoplados ao ECF-MR e é emitido o comprovante de débito para o cliente.
- d) Conforme pode ser visto no demonstrativo que ora anexa à defesa, os valores referentes às vendas através do ECF-MR são bem maiores que as informações prestadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito.
- e) A empresa também está anexando à defesa, por amostragem, alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminais Eletrônicos das Administradoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras, onde se comprova que, na mesma data, há a emissão de cupom fiscal no mesmo valor da operação.
- f) A empresa é estabelecida como ramo de comércio varejista de gêneros alimentícios, emitindo grande quantidade de cupons fiscais, estando todas as bobinas de ECF-MR, cerca de 600 (seiscentos) aproximadamente, à disposição do fisco, para que seja efetuada a fiscalização real para apuração de verdade material e não a simples acusação por presunção da ocorrência do fato gerador.
- g) O autuante, em nenhum momento verificou os comprovantes de Débito e/ou Crédito emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminal Eletrônico, cerca de 2.400 (dois mil e quatrocentos) mensais aproximadamente e de 24.000 (vinte e quatro mil) documentos no período fiscalizado, nem as bobinas de máquinas registradoras ECF-MR.
- h) O autuante partiu da premissa de que toda informação prestada pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão referente aos valores de vendas efetuadas através de Cartão de Débito e/ou Crédito foram efetuadas sem emissão de cupom fiscal, o que é uma inverdade e uma maneira simplista de acusar a empresa de efetuar saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos.
- i) O autuante também não atentou que esta acusação é primária, e a empresa comercializa grande quantidade de mercadorias que são isentas ou que o pagamento do ICMS já foi efetuado pelo regime de substituição e de antecipação tributária.
- j) Não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade do contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de Débito e/ou Crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras, para apresentar à Secretaria da Fazenda, por não se tratar de documento fiscal.
- k) Não existe na legislação do ICMS a obrigatoriedade de a empresa que utiliza ECF-MR (do modelo antigo) demonstrar quanto vendeu em Cartão de Débito e/ou Crédito à Secretaria da Fazenda. Através de amostragem, pode provar que a acusação do autuante é inverídica.
- l) Todas as bobinas dos ECF-MR e comprovantes de Débitos e/ou Créditos estão à disposição do Fisco para que seja efetuada diligência fiscal, o que agora requer, para comprovar a veracidade dos fatos.

- m)relata dois casos práticos com o objetivo de demonstrar que as informações prestadas pelas Administradoras não são fidedignas e não servem de base para lavratura do Auto de Infração. Acrescenta que as maquinetas manuais ou Pos – Terminal Eletrônico do autuado não estão acoplados ao Equipamento Emissor de Cupom Fiscal.
- n) No caso do autuado, todas as operações no período fiscalizado foram registradas como se fossem a “DINHEIRO”.
- o) A mera divergência entre o total constante da redução “Z” (que estão zeradas) e as informações prestadas pelas instituições financeiras, não é motivo suficiente para se proceder a autuação, cabendo à Secretaria da Fazenda proceder do uso de outras técnicas de Auditoria para verificar se existem irregularidades.
- p) o resultado apurado pela fiscalização simplesmente não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da Impugnante.
- q) existe no presente processo a falta de certeza e liquidez do lançamento, pois, o valor das vendas totais do estabelecimento é maior que o fornecido pelas Administradoras de Cartão (vide Resolução JJF nº 0202-04/05 e Resolução CJF nº 0333-11/05). (transcritas).
- r) existiu por parte do autuante o uso inadequado de Roteiro de Fiscalização aplicado na presente Ação Fiscal, em virtude da natureza da atividade da empresa e da mesma operar com 90% (noventa por cento), dos seus atos negociais com vendas de mercadorias isentas (frutas, verduras, carne, frango, ovos, etc.) que sofreram tributação pelo sistema de substituição tributária e/ou antecipação tributária (bebidas, refrigerantes, iogurtes, bolachas, cremes dentais, absorventes, sandálias e etc.). Anexo 88 do RICMS (Vide Resoluções JJF nº 0095-02/05; CJF 0203/11/05; JJF 0029-02/05; JJF 0023-02/05, transcritas).
- s) o equipamento ECF do autuado não permite a identificação das modalidades de operações; todas as operações realizadas no período a que se refere o Auto de Infração, o equipamento ECF, na leitura “Z”, não identificava as vendas com Cartão de Crédito, processando as vendas como se fossem “a dinheiro”; a empresa só implantou o meio de pagamento no equipamento a partir do dia 15/01/2005. Conforme se vê no levantamento efetuado pelo autuante, a partir de 15/01/2005 as vendas registradas com Cartão x Informação das Administradoras de Cartão não têm diferença. As vendas totais do período de 01/01/2004 a 31/12/2004 apuradas pelas leituras “Z”, informadas nos DAES mensais e nas DME anual são maiores que os valores informados pelas Administradoras. O CONSEF vem julgando IMPROCEDENTES processos similares a este conforme decisões a seguir transcritas: **Resoluções JJF/0322, JJF/0249, JJF 0220, JJF/0077, CJF/0190, JJF/0052, JJF/0088, JJF/0226 e CJF/0050.**
- t) Não houve falta de emissão de documento fiscal. O que houve foi apenas a falta de aposição do meio de pagamento no equipamento Emissor de Cupom Fiscal no período de 01/04/2004 a 14/01/2005 conforme determina o § 7º do artigo 219 do RICMS, estando a empresa sujeita a sofrer a aplicação da multa de penalidade fixa, conforme prevê o artigo 915, XXII e § 8º, inciso II, letra b do mesmo artigo, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista em lei.
- u) se a acusação fosse verídica (o que não é verdade) o autuante não concedeu o crédito presumido previsto no artigo 19 da Lei nº 7.357/98 com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Requer a nulidade da autuação ou a sua improcedência observando-se, o disposto no artigo 155-A, Parágrafo Único, do RPAF/99.

O autuante, em sua informação, diz que anexou ao PAF um disco compacto (CD) contendo em meios magnéticos toda a movimentação analítica das vendas diárias por operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito e que o contribuinte foi intimado a apresentar a documentação referente às vendas efetuadas através de cartão de crédito/débito, tendo sido levantados os dados por ela apresentados e confrontados com os dados fornecidos pelas administradoras de cartões à Secretaria da Fazenda. Esclarece que o levantamento efetuado

tomou por base as informações registradas nas reduções “Z”, que é um resumo diário das operações de venda, contendo as informações de todos os cupons fiscais do período.

Destaca que o trabalho fiscal considerou apenas os valores pagos em cartões e registrados nas reduções “Z” apresentadas; no caso do exercício de 2004, o autuado não entregou nenhuma redução “Z” com registro de vendas em cartões, e somente na defesa apresentou alguns cupons fiscais com boleto de venda, os quais, agora estão sendo abatidos do levantamento inicial, resultando na modificação do débito para a cifra de R\$122.008,39, conforme demonstrativos às fls. 261 a 264. Alguns cupons apresentados na defesa não foram considerados por se tratar de vendas em dinheiro.

Ressalta que o contribuinte opera no ramo de supermercado, com vários tipos de mercadorias (tributadas, isentas e com antecipação tributária), porém, a presunção de omissão de saídas foi sobre as mercadorias tributadas. Conclui pela procedência parcial de seu procedimento fiscal.

Às fls. 270/272 o autuado apresenta nova impugnação reiterando o teor de seus argumentos anteriores e informado que o estabelecimento estava inscrito na SEFAZ como empresa de pequeno porte, EPP-Simbahia, durante o período objeto da autuação.

Acrescentou que:

1. A declaração do autuante de que efetuou levantamento das vendas através de cartão de crédito não é verídica, porque todas as operações de vendas do período, com exceção do período de 15/01/2005 em diante, foram processadas no equipamento como se fossem “a dinheiro”.
2. Houve cerceamento do seu direito de defesa, pois não recebeu do autuante a movimentação analítica das vendas informadas pelas Administradoras de Cartão. Foi anexado um Disco Compacto (CD) contendo informações, mas não foi reaberto o prazo de defesa que seria de 30 dias após o recebimento do mesmo.
3. Foram apresentadas à fiscalização todas as leituras “Z” dos equipamentos e as bobinas de máquina ECF, não sendo verificado pelo autuante através da análise das bobinas que todas as operações foram registradas “a dinheiro”, de modo a confrontar com os documentos fornecidos pelas administradoras e os comprovantes assinados pelos clientes que foram colocados à disposição do autuante.
4. O autuante tomou por base somente à leitura “Z” dos equipamentos que não discriminam o meio de pagamento por motivo da empresa só ter implantado a informação a partir de 15/01/2005.
5. O levantamento dos valores pagos através de cartões e registrados nas reduções “Z” somente poderia ser levado a efeito a partir de 15/01/2005, e o autuante não discriminou em nenhum de seus papéis de trabalho e nem na informação fiscal que a empresa não tinha implantado no ECF o meio de pagamento no período de 01/02/2004 a 14/01/2005.
6. No exercício de 2004 não existe redução “Z” com registro de vendas em cartões porque a empresa não tinha implantado o meio de pagamento no seu sistema.
7. Pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para verificação “in loco” de que o equipamento ECFs não continha o meio de pagamento no período de 01/03/2004 a 14/01/2005.
8. Solicita do autuante que sejam discriminadas quais as operações que constam nas informações fornecidas pelas Administradoras e que o mesmo não encontrou nas bobinas da máquina para que seja produzida a prova material da suposta venda sem emissão de documentos.
9. Não foi concedido o crédito fiscal previsto na legislação no percentual de 8% para as empresas inscritas no SIMBAHIA, sobre a base de cálculo apurada.
10. O levantamento do autuante não tem consistência, pois foi utilizado roteiro de fiscalização inadequado.

O autuante, considerando as alegações apresentadas pelo autuado, concordou que a empresa estava inscrita no SimBahia, e apresentou novas planilhas com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida apurada, reduzindo o débito para o valor de R\$64.592,68..

Intimado para tomar conhecimento dos novos demonstrativos o autuado não se manifestou.

A JJF observando que foi concedido apenas o prazo de 10 (dez) dias ao invés de ser reaberto o prazo de defesa, baixou o processo em diligência à INFAZ de origem para que fosse expedida nova intimação ao autuado, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, e a entrega, sob recibo, dos documentos: Planilhas de apuração do débito - fls. 261 a 264; Disco compacto (CD-R) – fl. 265; e cópia do despacho da diligência.

O autuado volta se manifestar, dizendo que:

1. todas as operações de vendas do período de 01/04/2004 a 14/01/2005 foram processadas no ECF como se fossem operações “A dinheiro”;
2. no citado período ainda não tinha implantado o meio de pagamento no ECF;
3. anexou à sua defesa anterior cópias de fitas bobinas dos ECFs, por amostragem;
4. apresentou comprovantes de débitos referentes às vendas efetuadas através de cartão de débito e/ou de crédito de instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, por amostragem, vinculando essas operações com comprovantes da emissão do cupom fiscal;
5. a quantidade de bobinas das máquinas ECFs, no total de 600, e os comprovantes de débito e/ou crédito emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminal Eletrônico em quantidade aproximada de 24.000 documentos estão à disposição da Secretaria da Fazenda para que seja verificado que os ECFs na época fiscalizada não continham o meio de pagamento, e que o valor das vendas declaradas à SEFAZ são maiores que o valor informado pela administradoras de cartão de crédito e/ou débito;
6. reiterou o seu pedido no sentido de que o autuante ou fiscal estranho ao feito discrimine quais as operações e seus respectivos valores, uma por uma, fornecidos pelas administradoras, e os que foram encontrados nas bobinas que foram apresentadas;
7. reafirma que não houve falta de emissão de documentos fiscal, mas tão-somente a falta de aposição do meio de pagamento no equipamento ECF, conforme previsto no § 7º do artigo 219, do RICMS/97, argüindo que seria o caso da aplicação da penalidade fixa prevista no artigo 915, XXII e § 8º, II, “b”, do citado Regulamento.

Como base nessas considerações, afirmo autuado que, diante dos erros cometidos pelo autuante, a autuação ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam discriminadamente, dia a dia, operação por operação, e valor por valor, qual foi a venda efetuada através da emissão de cartão de débito e/ou crédito que foi realizada sem emissão de cupom fiscal – ECF – MR, requerendo a nulidade da autuação.

O autuante reafirmou seu procedimento fiscal nos termos de suas informações constantes às fls. 259 e 277.

O julgador de Primeira Instância manifestou-se inicialmente sobre as preliminares arguidas. Quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa, por não haver recebido o autuado a movimentação analítica diária das operações das vendas, e que quando da anexação do CD contendo essas informações foi concedido o prazo de dez dias, esclarece que, mediante diligência à INFAZ de origem, esse prazo foi reaberto para 30 dias, possibilitando à autuada exercer plenamente e seu direito de defesa. Rejeita a preliminar. Indeferiu também o pedido de realização de diligencia, por entender que o autuado não apresentou qualquer documento para contraditar o trabalho do fiscal autuante, ressaltando que os documentos acostados à defesa foram acolhidos e deduzidos do débito apurado.

Quanto ao mérito, assim se manifesta o julgador de Primeira Instância:

“O débito da infração encontra-se devidamente especificado nas fls. 06 e 08 na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito, Exercício 2004 (abril a dezembro) e Exercício 2005 (janeiro), e posteriormente modificada com a inclusão das comprovações de vendas à dinheiro apresentadas na defesa (fls. 278 a 279), na qual, foram considerados em cada coluna, o período mensal, os valores mensais das vendas com cartão de crédito/débito constantes da Redução Z; as vendas com cartão informadas pelas administradoras; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; e finalmente, o crédito presumido de 8% dada a condição do estabelecimento de enquadrado no SIMBAHIA, e finalmente o ICMS devido.”

Transcreve o §4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a presunção, acrescentado que para elidir essa presunção o autuado apresentou cupons fiscais acompanhados dos respectivos boletos, constando as vendas consignadas no ECF como vendas “a dinheiro”, cujos valores devem ser considerados no trabalho do fiscal autuante, como efetivamente ocorreu com a modificação das planilhas, conforme apresenta.

Prosseguindo na análise do mérito da autuação, diz o julgador:

“Quanto à alegação defensiva de que o ECF-MR utilizado é um equipamento de modelo antigo e não discrimina na fita detalhe quando as operações são efetuadas através de Cartão de Crédito e/ou Débito, processando todas as vendas como se fossem recebimentos em “DINHEIRO”, este fato poderia ter sido comprovado mediante apresentação dos cupons fiscais casados com os respectivos boletos emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminais Eletrônicos das Administradoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras, como aliás foi feito em parte na defesa e acatado neste julgamento.

O argumento defensivo de que os valores totais dos períodos, referentes às vendas através do ECF-MR são bem maiores que as informações prestadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito, não é válido, pois na apuração deve ser levada em consideração cada operação, mensalmente, pois no total poderiam existir operações através de emissão de notas fiscais. O fato do contribuinte somente ter implantado no ECF o meio de pagamento “cartão de crédito” a partir de 15/01/2005, poderia ter sido demonstrado pelo autuado todos os valores registrados como outro meio de pagamento nos períodos anteriores e comparado com os respectivos boletos de cartão de crédito, inclusive se fosse o caso, que houve operações com cartão de crédito através de emissão de notas fiscais, providência que deveria ser produzida pelo autuado.

Quanto ao argumento de que o estabelecimento comercializa grande quantidade de mercadorias que são isentas ou que o pagamento do ICMS já foi pago pelo regime de substituição e de antecipação tributária também não é suficiente para elidir a acusação fiscal, pois a presunção prevista § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02 é de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. O CONSEF em outros processos tem considerado como inadequado o roteiro de fiscalização quando a quase totalidade das operações não está sujeita à tributação do ICMS. Neste caso, não ocorreu uso inadequado do roteiro de fiscalização, conforme alegado, pois o estabelecimento se trata de supermercado e opera com mercadorias tributáveis, isentas e submetidas ao regime de substituição tributária, Acórdãos de julgamentos citados na defesa não se aplicam ao presente processo, uma vez que, diferentemente deste processo, naqueles restou evidenciado que a quase totalidade das operações realizadas não estava sujeita à tributação do imposto.

Embora não exista expressamente na legislação tributária a obrigatoriedade do contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de Débito e/ou Crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras, porém, por se tratar de documento de Caixa, a sua guarda deve ser feita de modo a comprovar os lançamentos contábeis.

Também não vejo como prosperar o argumento defensivo de que pela falta de aposição do meio de pagamento no equipamento Emissor de Cupom Fiscal, conforme determina o § 7º do artigo 219 do RICMS, estaria a empresa sujeita a sofrer a aplicação da multa de penalidade fixa prevista no artigo 915, XXII e § 8º, inciso II, letra b do mesmo artigo, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista em lei, pois esta penalidade, ante a existência de imposto não recolhido, foi absorvida pela multa pelo descumprimento da obrigação principal.

A obrigatoriedade de indicação no cupom fiscal do meio de pagamento adotado na operação ou prestação, existe desde o mês de janeiro de 2004, através da Alteração nº 51, Dec. 8.882 de 20/01/04. Mesmo que o ECF do estabelecimento autuado não constasse o meio de pagamento “cartão de crédito/débito”, a partir do momento que foi dado conhecimento dos valores analíticos, diários, por operação, fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, caberia ao autuado fazer a correlação dos valores que foram registrados no ECF com os boletos das administradoras, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis prevista no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

Sobre a não dedução do crédito presumido de 8% previsto no artigo 19 da Lei nº 7.357/98 com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, realmente no levantamento inicial o autuante não havia considerado. Contudo,

posteriormente ao tomar conhecimento da defesa, foram refeitas as planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, e devidamente deduzidos do débito os valores correspondentes.

Concluo, pelos elementos constantes nos autos que não falta certeza e liquidez ao presente lançamento, eis que a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e o autuado não elidiu integralmente a citada presunção.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 64.591,95, conforme demonstrativo de débito.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente destaca, resumidamente, que:

1. a empresa está devidamente inscrita no SimBahia;
2. a maioria dos produtos comercializados não sofrem tributação na saída por estarem incluídos no art. 14 do RICMS: hortaliças, frutas; produtos agropecuários;
3. a empresa negocia com grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação por ter sido o ICMS pago pelo regime de substituição tributária ou de antecipação;
4. o autuante utilizou roteiro inadequado de fiscalização para apurar as supostas irregularidades praticadas pelo autuado.
5. o CONSEF tem julgado nulos ou improcedente diversos autos cujo roteiro para apurar irregularidades por meio de cartões de crédito, aplicado em empresas que negociam na sua totalidade ou quase totalidade, com produtos isentos e que tiveram sua fase de tributação encerada, como é o caso do autuado; transcreve vários acórdãos decidindo pela nulidade ou improcedência da autuação, sob essa fundamentação;
6. a obrigação de implantar o meio de pagamento na bobina do ECF só existiu a partir de 20/01/2004; o autuado implantou aquele meio de pagamento no equipamento a partir de 15/01/2005;
7. o CONSEF vem se pronunciando através decisões recentes que a obrigação de informar o meio de pagamento só deve ser exigido a partir de 20/01/2005. Transcreve decisões. Reconhece que a empresa descumpriu uma obrigação acessória, não tendo havido falta de emissão de cupom fiscal nem de pagamento de imposto;
8. que a empresa emitiu grande quantidade de cupons fiscais, estando todas as bobinas de ECF, cerca de 600, à disposição do fisco para que seja apurada a verdade material;
9. o autuante em nenhum momento verificou os comprovantes de débito/crédito emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminal Eletrônico, cerca de 2.400 mensais, aproximadamente 24.000 no período fiscalizado, e nem, as bobinas registradoras ECF-MR;
10. autuante não forneceu ao autuado cópia do Relatório de Informações TEF-Operações **em formato papel**, que serviram de base para a autuação, não podendo o autuado verificar a veracidade da acusação. Transcreve várias decisões.

Finalmente, após repetir algumas alegações já manifestadas em sua impugnação, requer a Nulidade do Auto de Infração.

A ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa emite Parecer opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, fundamentando:

1. os fatos geradores ocorreram a partir de abril de 2004 e, portanto, descabe o argumento de que o contribuinte não estava obrigado a registrar a forma de venda no ECF, já que o alegado Decreto nº 8.882/04 já estava em vigor;
2. os documentos postos à disposição do fisco importaram em expressiva redução do montante apurado, pois o contribuinte logrou comprovar que parte das operações lançadas como vendas a dinheiro se deram através de cartões de crédito;

3. em relação aos valores informados pelas DME's serem superiores aos indicados pelas Administradoras, não faz sentido tal alegação, já que a comparação deve ocorrer entre os números lançados pelo contribuinte como vendas por cartões e os valores informados pela Administradora;
4. por fim, quanto à alegação de que comercializa em grande parte com mercadorias isentas ou não tributáveis, tal questão merece uma análise mais apurada.

A seguir, tece comentários sobre a posição anterior do CONSEF, no sentido de que somente quando o percentual de saídas não tributáveis era próximo de 100%, não se aplicava a presunção legal. Mas, constatando que a substituição tributária atualmente é quase uma regra, o CONSEF inaugura uma linha de entendimento razoável e lógica de adoção da proporcionalidade às operações de omissão de saídas anteriores, para que se chegue mais perto da verdade material. Entende a procuradora, em consequência, que deve ser apurado o percentual de saídas tributadas no período anterior, exigindo-se, então, o ICMS presumidamente omitido.

Cumprindo diligência determinada pela CJF, a fiscal informa que no período fiscalizado a empresa estava inscrita na condição de SimBahia, desobrigada, portanto, de escriturar os livros fiscais, e *“em razão do recorrente não ter apresentado o demonstrativo solicitado através das intimações anexadas às fls. 361/362, contendo os percentuais das saídas tributadas isentas e outras, não foi possível atender à diligência solicitada”*.

Cientificado, o autuado manifesta-se, e, após algumas considerações, sem maior relevância, diz que o pedido feito pela fiscal diligente está fugindo ao que se discute no Recurso Voluntário. Contudo, está disposta ao seu atendimento, desde que lhe seja concedido o prazo de trinta dias, em face da grande quantidade de documentos. Quanto ao demonstrativo de saídas, não há condições de se fazer, em virtude das bobinas de ECF utilizadas na época não discriminarem as operações por tipo de tributação.

Às fls. 374/378 o autuado apresenta nova manifestação repetindo alegações já reiteradas no processo, requerendo mais uma vez a nulidade da autuação.

Retornando o processo à PGE/PROFIS, a douta procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Incluído em pauta suplementar, a CJF deliberou pelo encaminhamento do processo novamente à ASTEC a fim de que:

- a) verifique, no exercício de 2005, se as reduções Z representam vendas exclusivamente a cartão de crédito;
- b) com relação ao mês em que foi verificada diferença em favor do fisco, apurar a proporção de entradas/saídas de mercadorias isentas ou com o ICMS pago pelo regime de substituição.

Em atendimento ao solicitado, o fiscal diligente apresentou um demonstrativo, reduzindo o débito original de R\$122.505,32 para R\$39.821,39.

Às fls. 410/496, consta nova manifestação do autuado, anexando demonstrativos e cópias de Acórdãos, reiterando mais uma vez argumentos já expedidos anteriormente, e requerendo a nulidade da ação fiscal.

Às fls 456/460, novamente se manifesta o autuado, repetindo as mesmas alegações, declarando sua divergência com as diligências realizadas, por entender que o foco da discussão não é proporcionalidade, mas sim a nulidade do Auto de Infração.

A doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa emite novo Parecer, reiterando os termos do Parecer proferido anteriormente, e no sentido da manutenção da infração, por se demonstrarem improcedentes as alegações do contribuinte, pelos motivos ali expostos, e por não ter apresentado provas capazes de elidir o ilícito, mas impondo-se, contudo a redução do débito,

proporcionalmente às vendas efetuadas pelo recorrente, de mercadorias sujeitas à antecipação tributária durante o período fiscalizado.

O procurador assistente do Estado manifesta sua concordância com o Parecer exarado pela PGE/PROFIS.

A JJF recorre de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Na assentada de julgamento a CJF deliberou converter o processo em diligência à Gerência de Automação Fiscal para informar se o ECF/MR utilizado pela empresa, de Inscrição Estadual nº 26912865, no período de 1º de abril/2004 a 15/05/2005, permitia a discriminação da forma de pagamento utilizada pela empresa, visto que a Redução Z apresentada nos autos, no período relacionado, indica que todas as vendas eram lançadas com recebimento em dinheiro.

Em resposta à diligência, o Coordenador II SAT/DPF/GEAFI, José Antônio Magalhães da Costa, esclarece inicialmente que a empresa, no período de 01/04/2004 a 15/05/2005, utilizava o equipamento ECF da marca GENERAL, tipo ECF/MR. Modelo G-930E, versão 1.2, construído e regulado com Base no Convênio ICMS 156/94.

Prosseguindo, diz que a exigência de discriminação da norma de pagamento quando da emissão de cupom fiscal, foi acrescida ao referido convênio através do Convênio ICMS 132/97, com efeitos a partir de 01/03/1998; apesar disso, o recurso que permitia cadastrar a forma de pagamento somente foi implementada na versão 2.0 do software básico do ECF através do Ato Cotepe/ICMS nº 87/99 (Parecer 82, de 21/05/1999, publicado no DOU de 04/06/1999), que anexa.

Finalmente, em resposta à consulta, informa o diligente que o contribuinte utilizava a versão de software básico, 1.2, que não tinha recursos que permitissem cadastrar meios de pagamento no equipamento, e, apesar de já existir a versão 2.0 do software básico que tinha esse recurso, o contribuinte não era obrigado a efetuar a atualização para essa versão, pois não havia essa exigência nas disposições gerais do Ato Cotepe que a implementou.

Regularmente notificados, o autuante e autuada não se manifestaram.

A representante da PGE/PROFIS emite novo Parecer, dizendo acrescentar tão-somente que o fato da máquina ECF do contribuinte não apresentar a função “modalidade de pagamento”, não elide a infração em apreço, porquanto já à época dos fatos geradores examinados, (maio de 2004 a fevereiro de 2005), figurava como obrigação legal à utilização de maquinário com essa especificidade, nos termos do Decreto nº 8882, de janeiro de 2004.

Ademais, acrescenta a douta procuradora, ressalte-se que as operações antes tidas como omitidas pela fiscalização, mas cujos documentos emitidos pelas ECF's, ainda que apontando pagamento em dinheiro, foram carreados aos autos pelo contribuinte, acolhidos nas revisões efetuadas no processo e excluídas no lançamento, ou seja, o fato da ECF do autuado não registrar a modalidade do pagamento em nada impossibilitou sua ampla defesa.

Reitera, finalmente, o Parecer proferido às fls 467/469, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para, constatando-se a realização de operações sujeitas à substituição tributária, e acolhendo-se o Parecer da ASTEC de fls 399, ser reduzido o valor do débito para R\$39.821,55.

VOTO

Em diligência promovida por esta CJF o Coordenador II SAT/DPF/GEAFI, demonstrou que o contribuinte, no período da autuação, utilizava versão de software básico, sem recursos que lhe permitissem cadastrar os meios de pagamento no equipamento, e, apesar de já existir a versão 2.0, não estava obrigado a efetuar a atualização, pois não havia essa exigência nas disposições gerais do Ato Cotepe que a implementou.

É evidente que a Câmara de Julgamento Fiscal, ao analisar as peças processuais, entendeu, na assentada do julgamento, ser indispensável para o deslinde da questão, a verificação pelo órgão competente da SEFAZ, a Gerência de Automação Fiscal, se o ECF/MR utilizado pela empresa, no período da autuação, permitia a discriminação da forma de pagamento, visto que a Redução Z apresentada nos autos indica que todas as vendas eram lançadas com pagamento em dinheiro. A resposta, taxativa, à solicitação da CJF, em negrito, é no sentido de que o equipamento não dispunha desse recurso e que o contribuinte não estava obrigado a utilizar a versão atualizada, 2.0, por falta dessa exigência no Ato Cotepe que a implantou.

Em sendo assim, está caracterizada a impossibilidade de o contribuinte dispor das provas exigidas em decorrência da ação fiscal, pois, como demonstrado, não havia disposição legal que o obrigasse a discriminar os meios de pagamentos, de modo a separar as vendas a dinheiro daquelas efetuadas mediante cartões de crédito.

Desse modo, fico convicto que o ECF-MR do recorrente não discriminava nas reduções “Z” as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito. Portanto, ante essa peculiaridade do equipamento, não era possível aplicar o roteiro de auditoria fiscal em questão. Ainda que o recorrente informasse no verso dos documentos fiscais a forma de pagamento, não era possível aplicar o roteiro de auditoria fiscal, já que as reduções “Z” não discriminavam as vendas a cartão.

Pelo acima exposto, entendo que o lançamento carece de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o montante do imposto devido, em razão da inadequação do roteiro de auditoria aplicado. Dessa forma, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração é nulo.

Uma vez que o ECF-MR utilizado no período abarcado pela ação fiscal não discriminava a forma de pagamento, não há como refazer a ação fiscal, como determina o art. 21 do RPAF/99. Contudo, considero de bom alvitre que a Repartição Fazendária competente providencie outra ação fiscal visando aferir a regularidade dos pagamentos efetuados pelo recorrente no período em questão.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração. Consequentemente, fica PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 108883.0050/05-0, lavrado contra **NARANDIBA SUPERMERCADOS LTDA**. Recomenda-se à repartição fiscal para aferir a regularidade dos pagamentos efetuados nos períodos considerados.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS