

A. I. N° - 140781.0054/06-8
AUTUADO - WAGNER LAVRADOR PERIN
AUTUANTE - LUIZ ELÁDIO LIMA HUMBERT
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/05/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0107-03/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Infração caracterizada. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2007, refere-se à exigência de R\$26.985,70 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 meses de janeiro a dezembro de 2006. Consta, na descrição dos fatos, que foi apurada a falta de escrituração de vendas de mercadorias tributáveis com pagamento efetuado mediante cartões eletrônicos de compras.

O autuado apresentou impugnação (fls. 14 a 34), discorrendo inicialmente sobre a imputação fiscal e o enquadramento legal. Alega que a afirmativa do autuante de que foi constatada falta de escrituração de vendas de mercadorias tributadas, não espelha a realidade. Diz que é uma empresa de pequeno porte, estando dispensada de escrituração dos livros fiscais Registro de Entradas e de Saídas, e todas as receitas provenientes de sua atividade comercial foram declaradas ao Fisco, o que pode ser observado na DME e também, na análise dos valores de venda líquida indicados nas Reduções Z, bem como nas vendas por meio de notas fiscais. Salienta que o autuante não considerou nenhum valor de venda por meio de Nota Fiscal de Venda a Consumidor e Nota Fiscal, gerando erros em seu levantamento. Diz que o autuante observou que o estabelecimento deixou de apresentar alguns comprovantes de escrituração fiscal, que foram extraviados, e tal fato é verdadeiro, tendo em vista que alguns originais de redução Z foram extraviados, e com isso, o autuante deixou de considerar as vendas indicadas para os respectivos dias, mas computou as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito para todos os dias. O defendente entende que não podem ser auferidas vendas para os dias em que as reduções Z não foram analisadas, e o autuante deveria excluir os respectivos dias de seu levantamento, por coerência e justiça. O impugnante argumenta que ao analisar o demonstrativo identificado pelo autuado por “vendas diárias com cartões de crédito/débito”, constatou que o autuante não confrontou valores de vendas declarados pelo autuado com base nas reduções Z, tão somente os valores indicados nas reduções z a título de meio de pagamento “cartão”. Transcreve o art. 2º do RICMS/97, assegurando que faz uma correta interpretação da legislação vigente. Reproduz o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 e diz que a correta interpretação entendida pelo autuado é que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto se os valores fornecidos pelas

administradoras de cartões de crédito forem superiores aos valores de vendas declaradas pelo contribuinte. Entende que, para a presunção prosperar é preciso que ocorra uma única situação: os valores de vendas declaradas sejam inferiores aos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. O autuado afirma que no período de janeiro a dezembro de 2006, prestou informações por meio de Documentos de Arrecadação Estadual, na condição de empresa de pequeno porte e Declaração de Movimento Econômico de Microempresa de Empresa de Pequeno Porte, anualmente. Fala sobre o § 2º do art. 335 do RICMS/BA, assegurando que as vendas declaradas estão indicadas nos DAEs apresentados e pagos à rede bancária. O defendente alega que no levantamento fiscal, não foi levado em consideração o fato de ter adotado por norma aceitar pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor superior ao valor de venda de mercadorias, possibilitando a devolução da parcela a mais a título de troco, que representa a oferta pelo cliente da parcela devolvida à equipe de garçons a título de “gorjeta”, a exemplo das fls. 41 a 46. Afirma que três situações podem ocorrer: a) igualdade entre os valores de vendas declaradas pelo contribuinte com os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito; b) valores declarados pelo contribuinte maiores que os informados pelas instituições administradoras. Neste caso, entende que não se aplica a presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, e é nesta situação que se encontra; c) valores declarados pelo contribuinte inferiores aos informados pelas administradoras. Diz que nesta situação, se aplica à presunção prevista na legislação. O defendente reproduz ensinamentos do tributarista Hugo de Brito Machado acerca do art. 112 do Código Tributário Nacional e argumenta que a penalidade e a infração tida como presunção legal deve ser interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão de seus efeitos e capitulação legal do fato. Entende que a fiscalização não está adotando a interpretação correta da legislação e exige que a Secretaria da Fazenda faça juntada do relatório extraído do Sistema ECF para a divergência apurada, apresentando o entendimento de que o autuante adotou a norma de forma distorcida, efetuando o levantamento fiscal somente com os valores de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito e confrontando com os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, ressaltando que não foram consideradas as saídas com emissão de notas fiscais. Reproduz o art. 25 do RPAF/BA e art. 37 da Constituição Federal e os ensinamentos de Hugo de Brito Machado em relação ao art. 112 do CTN. Diz que outro fato desconsiderado pelo autuante é que o autuado exerce a atividade de restaurante, está impedido por Lei municipal de cobrar “gorjeta” de seus clientes para repasse à equipe de garçons, e a lei estabelece vedação de consignar em documento fiscal qualquer valor a título de “gorjeta”, que não está proibida, ficando à liberalidade do cliente oferecê-la ao funcionário que o atenda. Dessa forma, o autuado adotou por norma aceitar pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor superior ao valor de venda de mercadorias, possibilitando a devolução da parcela a mais a título de troco, consequentemente, a oferta pelo cliente da parcela devolvida à equipe de garçons a título de “gorjeta”, e tal fato pode ser constatado no demonstrativo que acostou ao PAF. O defendente apresenta exemplos de cupons fiscais emitidos durante o ano de 2006, em que se pode observar que o valor total do cupom fiscal é inferior ao valor recebido em cartão de crédito, sendo indicada a diferença a título de troco, nos respectivos cupons fiscais. Afirma que todos os cupons fiscais cujo pagamento tenha sido efetuado com cartão de crédito ou de débito, o valor transacionado com a administradora foi superior à venda realizada. Em relação às vendas como emissão de notas fiscais, diz que tal fato não ocorreu. O defendente salienta que, se forem considerados apenas os valores de vendas declaradas e os valores informados pelas administradoras sem exclusão dos valores a título de “gorjeta”, chega-se à conclusão de que os valores declarados pelo autuado são superiores aos valores informados pelas administradoras. Afirma que na auditoria realizada pelo autuante encontrou incoerência em suas atitudes e que o autuado está certo de suas considerações, por isso, pode afirmar que o autuante errou em suas conclusões.

À fl. 29 apresenta demonstrativo com a exclusão da “gorjeta”, em seguida, afirma que, se não forem considerados os argumentos apresentados, deve-se considerar os valores das reduções Z a título de recebimentos acrescidos dos valores referentes às vendas com emissão de notas fiscais. Elabora demonstrativos, considerando a “gorjeta” no percentual de 10%, apurando à fl. 32 as diferenças que considera devidas, totalizando R\$2.908,25, salientando que já reconheceu parte da infração apontada e já realizou o pagamento da parte reconhecida.

Prosseguindo, o defendente entende que o procedimento correto seria realizar o levantamento com base nas vendas realizadas, apurando a venda líquida, o que representa a melhor forma de levantamento da omissão, ou seja, os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito, deduzidas as parcelas a título de “gorjeta”. Informa que apresenta junto com a impugnação, relação de documentos fiscais emitidos para cada uma das operações transacionadas com cartão de crédito ou de débito, e coloca à disposição da fiscalização todas as notas fiscais, assim como as Fitas-detalhes. Finaliza, pedindo que seja observado o § 1º do art. 18 do RPAF/99, na hipótese de juntada de novos elementos, e requerendo a improcedência do Auto de Infração, e caso não seja declarada a improcedência, que seja julgado pela procedência parcial, com base no anexo VII (fl. 81).

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 241 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o fato de o autuado estar desobrigado de escriturar livros fiscais, por ser empresa de pequeno porte, não o desobriga de registrar todas as suas operações de vendas de mercadorias em equipamento emissor de cupom fiscal ou através de notas fiscais autorizadas pela SEFAZ. Diz que no caso das notas fiscais emitidas para acobertar vendas de mercadorias mediante o pagamento por cartões de débito ou de crédito, a prova do registro se dá anexando-se o boleto emitido a uma das vias da nota fiscal em igual valor e data, o que não foi feito pelo autuado. Afirma que as demais alegações defensivas são de natureza acadêmica, não encontram substância nos fatos e provas acostadas ao PAF, e não são relevantes ao julgamento do mérito da autuação.

Considerando a alegação do autuado de que no levantamento fiscal, não foi levado em consideração o fato de ter adotado por norma aceitar pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor superior ao valor de venda de mercadorias, possibilitando a devolução da parcela a mais a título de troco, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência ao autuante (fl. 246), solicitando as seguintes providências:

- 1 – Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
- 2 – Confrontasse os elementos apresentados pelo defendente com os documentos originais.
- 3 – Elaborasse demonstrativo, excluindo os valores efetivamente comprovados, inclusive as parcelas indicadas nos cupons fiscais a título de troco, apurando o saldo remanescente.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou informação fiscal à fl. 250 dos autos, dizendo que intimou o autuado para apresentar o demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de compras correspondentes às notas ou cupons fiscais emitidos, e em resposta, o defendente declarou que não dispõe dos mencionados boletos porque foram descartados. Assim, o autuante esclareceu que não houve o que confrontar com os documentos fiscais originais, nem qualquer valor a excluir do demonstrativo à fl. 07.

Consta à fl. 251, declaração do autuado informando que os demonstrativos referentes às operações com cartões de crédito ou de débito foram apresentados em sua peça defensiva. Em relação aos cupons emitidos, diz que é extremamente oneroso anexar fotocópias ao PAF. Que os originais poderão ser arrecadados no estabelecimento autuado ou ser entregue em local, data e horário definido. Que as notas fiscais emitidas também poderão ser arrecadadas ou entregues, e que as transações efetuadas com cartão de crédito/débito somam mais de 15.400 operações. Finaliza, informando que não dispõe dos boletos de pagamento com cartão de crédito ou de

débito, porque descartou tais documentos, após confirmação do crédito em conta corrente efetuado pela respectiva administradora de cartão de crédito ou de débito.

Em nova informação fiscal à fl. 259, o autuante diz que, diante da confissão do defendente de que descartou os boletos processados pelas máquinas das administradoras de cartões de compras, que poderiam ser confrontados com as notas fiscais, permitindo comprovar o registro das vendas efetuadas com cartões eletrônicos, fica patente a falta de registro fiscal de vendas de mercadorias tributadas por meio de cartões de crédito ou de débito. Salienta que não há como confrontar os documentos fiscais emitidos já que também inexistem os registros dessas vendas em cupons fiscais nem há nada a excluir do demonstrativo à fl. 07.

À fl. 262, o presente processo foi convertido em diligência ao autuante, solicitando que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1 – Intimasse o autuado a apresentar as Notas Fiscais originais, emitidas no período fiscalizado.
- 2 – Confrontasse os elementos apresentados pelo defendente com os valores dos cartões constantes do Relatório Diário de Operações acostado aos autos, apurando aqueles com a mesma data e valor.
- 3 – Elaborasse demonstrativo, excluindo do levantamento fiscal os valores apurados no item anterior, calculando o saldo remanescente.

Em seguida, a repartição fiscal intimasse o sujeito passivo quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia da informação fiscal e demais elementos que fossem acostados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou informação fiscal às fls. 265/266, esclarecendo que o autuado é contribuinte usuário de ECF, estando obrigado a registrar na memória do equipamento todas as suas operações de vendas de mercadorias, independente do meio de pagamento. Diz que apesar de constar no Termo de Início de Fiscalização que o autuado foi intimado a apresentar as reduções Z e notas fiscais emitidas no período fiscalizado, as notas fiscais não foram entregues. Salienta que após a intimação de fl. 264 dos autos, finalmente as notas fiscais foram apresentadas, tendo sido elaborados os demonstrativos à fl. 266, em cumprimento à diligência solicitada, sendo apurados os valores mensais do imposto devido, totalizando R\$26.452,95. Foram acostadas aos autos, cópias de Notas Fiscais de Venda a Consumidor do período fiscalizado (fls. 269 a 1870)

Consta às fls. 1876/1877, requerimento do autuado, reconhecendo a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$1.566,39, conforme demonstrativo de débito à fl. 1878 deste PAF

Intimado da informação fiscal e demonstrativos elaborados pelo autuante, o defendente se manifestou às fls. 1883/1887, aduzindo que durante os procedimentos de fiscalização que antecederam a lavratura do Auto de Infração, o autuante solicitou os documentos e não apareceu para arrecadá-los, haja vista que o faria no escritório da contabilidade. Quando apareceu, não veio para pegar os documentos solicitados, mas para apresentar o auto de infração. O mesmo aconteceu em janeiro de 2008, quando o autuante apresentou intimação fiscal para apresentação de informações e documentos fiscais (fl. 1888). O defendente assegura que, por diversas vezes, tentou entregar os documentos solicitados, mas nunca o Auditor Fiscal era encontrado. Então, para não perder o prazo, o autuado diz que protocolou o documento com as informações solicitadas, conforme protocolo nº 017998/2008-7 (fl. 1889). Informa que as notas fiscais foram entregues, a muito custo, e para não correr o risco de o autuante não ir buscar os documentos solicitados, a contabilidade indagou onde os mesmos poderiam ser entregues. De imediato, o autuante indicou que os documentos deveriam ser entregues no Restaurante MAXIM'S, situado à Rua Miguel Calmon, nº 527, 1º andar, Ed. São Paulo, no Comércio, de propriedade da Sra.

Simone Terceiro Humbert, sua esposa, pessoa esta que em mais de uma vez o autuante se fez acompanhar até a contabilidade para tratar de suas atividades fiscalizadoras.

O autuado afirma que fez a entrega dos documentos, conforme solicitado, mediante protocolo de entrega, conforme cópia reprográfica deste protocolo (fl. 1891). O autuado apresenta o entendimento de que os valores apurados na diligência fiscal não espelham a realidade dos fatos, alegando que, dos valores declarados pelas administradoras devem ser extraídos os valores referentes ao repasse de gorjeta para os garçons (funcionários). Diz que realizou um levantamento indicando na impugnação os valores que entende corretos, conforme planilha que elaborou à fl. 1884. Comenta sobre a Instrução Normativa 56/2007, e diz que não entende como a Secretaria da Fazenda adota em seus sistemas internos o confronto de valores declarados na DME/DMA com os valores declarados pelas administradoras, mas na ação fiscal adota outra interpretação ao confrontar parte das vendas com valores informados pelas administradoras.

Alega que “é um absurdo a divergência de procedimentos”, e que isso pode ser confirmado consultando o sistema ECF da Secretaria da Fazenda para as informações apresentadas pelas administradoras de cartões. Assevera que não conseguiu obter o relatório do sistema, mas observou que o comparativo entre os valores declarados pelo autuado, não apresenta divergência que enseje a presunção em valores alegados pelo autuante. Exige como meio de prova, que a Secretaria da Fazenda faça juntada do relatório extraído do Sistema ECF para a divergência de TEF, referente período fiscalizado, sob pena de aceitar as alegações defensivas. Entende que somente a SEFAZ-BA pode trazer ao PAF o relatório extraído do sistema ECF, referente às operações de TEF.

Quanto ao argumento do autuante de que o contribuinte é usuário de ECF, obrigado a registrar todas as operações de vendas de mercadorias, o defendente confirma que o equipamento ECF armazena na Memória Fiscal todos os valores de vendas realizados, independente do meio de pagamento utilizado, apresentando o entendimento de que o meio de pagamento é irrelevante para que se conheça com exatidão, os valores de vendas realizadas. Diz que esses valores são armazenados na Memória Fiscal do ECF em momento imediatamente anterior ao da emissão da Redução Z, e neste documento são impressos os valores de vendas diárias para o respectivo ECF. Ressalta que os valores de vendas acumulados por meio de pagamento são tão irrelevantes para se conhecer as vendas declaradas, que esses valores não são gravados na Memória Fiscal do ECF. Somente os valores acumulados para cada totalizador parcial de situação tributária são gravados na Memória Fiscal do ECF. Afirma que são estes valores que o fisco deve considerar na aplicação da norma da presunção legal, ainda que esta não tenha amparo na Lei Complementar do ICMS. Salienta que “presunção legal” não é fato gerador do ICMS, mas discutir isso na esfera administrativa é irrelevante, porque entende que os julgadores não têm coragem nem autonomia para concordar, mesmo diante de decisões dos tribunais do Poder Judiciário a respeito do assunto.

Por fim, o defendente requer seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF-BA, na hipótese de juntada de novos elementos trazidos ao processo em lide. Pede a improcedência do presente Auto de Infração. Se a improcedência não for declarada pelos motivos inicialmente abordados, requer o julgamento pela procedência parcial, com base no Anexo VII de sua peça de impugnação de lançamento (fl. 81 do PAF), com homologação dos valores já recolhidos.

À fl. 1895, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC solicitando que o diligente intimasse o autuado a apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária. Foi solicitado para constar na intimação, a informação de que, para elidir a exigência fiscal, o contribuinte também poderia apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, o que possibilitaria a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados. Se apresentados os elementos solicitados, que fosse solicitado ao contribuinte os boletos e

respectivos documentos fiscais originais, possibilitando o confronto com os demonstrativos do defendente, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 154/2009 (fls. 1896/1897), o autuado foi intimado a apresentar os documentos necessários ao cumprimento da diligência fiscal, tendo sido apresentado um CD (fl. 1900) contendo as mesmas planilhas que já se encontravam no PAF às fls. 61/72, cujos valores foram confrontados, por amostragem, com as reduções Z apresentadas. A diligente elaborou planilha na fl. 1897, apurando cada percentual de mercadoria tributada, isenta e sujeita à substituição tributária. Informa que ao constatar alto índice de vendas de mercadorias isentas, solicitou as fitas-detelhe para conferir estas saídas de mercadorias. Da análise efetuada nas mencionadas fitas, constatou que grande parte das vendas de mercadoria tributada e mercadoria sujeita à substituição tributária estava saindo como mercadoria isenta, conforme se verifica na amostragem que acostou ao presente PAF (fls. 1901/1903). Assim, diante das irregularidades constatadas nas fitas-detelhe, a diligente concluiu que ficou impossibilitada a determinação das saídas tributadas, isentas e sujeitas à substituição tributária e de aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Intimado da diligência fiscal, o defendente se manifestou à fl. 1912, dizendo que recebeu cópias das fls. 1895 a 1899. Diz que na fl. 1897 a diligente cumpriu a diligência solicitada, citando as fls. 1901 a 1903 do PAF. Porém estas folhas não foram fornecidas ao defendente, contrariando a determinação do RPAF de que, para a manifestação do defendente, deve ser entregue cópia de todos os novos elementos acostados aos autos, o que não foi observado. O autuado pede que sejam apresentados todos os elementos decorrentes do cumprimento da diligência fiscal determinada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal e reabertura do prazo para a sua manifestação.

À fl. 1928 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para o autuante intimar o defendente a apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária. Constar na intimação, a informação de que, para elidir a exigência fiscal, o contribuinte deveria apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, possibilitando a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados.

Sendo apresentados os elementos solicitados, fizesse o confronto dos documentos originais com os demonstrativos apresentados pelo defendente, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007, apurando os percentuais de acordo com as notas fiscais de entradas.

Em seguida, a repartição fiscal intimasse o sujeito passivo quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia da informação fiscal. Também fornecer ao autuado cópias das fls. 1901 a 1903 do PAF, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 1931, dizendo que entregou intimação ao autuado solicitando a apresentação de demonstrativo da proporcionalidade, e que o autuado declarou à fl. 251 não possuir mais os boletos. Diz que elaborou nova planilha de cálculo do ICMS devido no exercício de 2006 (fl. 1934), considerando o índice de proporcionalidade com base nas informações apresentadas pelo autuando na DME (fl. 1932). Também informou que solicitou ao defendente a apresentação das notas fiscais de compras do exercício de 2006, por considerar que esta é a fonte mais precisa e segura para o cálculo da proporcionalidade. Juntou nova planilha à fl. 1934, apurando novos valores do débito, totalizando R\$24.751,59.

Em nova manifestação à fl. 1941, o defendente alega que vem se dirigindo à Infaz Varejo para efetuar a entrega dos documentos solicitados pelo autuante, porém desde novembro de 2010 não

logrou êxito em encontrá-lo na repartição fiscal. Diz que outro preposto fiscal assumiu a responsabilidade por receber os documentos solicitados. Informa que se limitaram a fornecer dois números de telefones para contato com o autuante, porém as tentativas foram infrutíferas. Pede que a diligência seja cumprida por outro preposto fiscal, e diz que os documentos estão à disposição no escritório do advogado do autuado no endereço constante no rodapé da petição à fl. 1941.

À fl. 1948 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito designado pelo Inspetor Fazendário, intimasse o defendente, no endereço constante no rodapé da petição à fl. 1941, para apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Sendo apresentado, o mencionado demonstrativo que fosse realizado o confronto com o Relatório Diário Operações TEF acostado aos autos, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, de acordo com as datas e respectivos valores, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007, apurando os percentuais de acordo com as notas fiscais de entradas.

Também foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o sujeito passivo quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia da informação fiscal e demonstrativos que fossem acostados aos autos, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

De acordo com a informação fiscal à fl. 1950, prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, foi atendida a diligência, sendo concedida a proporcionalidade, apurando um novo valor de débito, conforme planilha acostada às fls. 1951 a 1957, apurando o débito total no valor de R\$5.079,70.

O defendente foi intimado quanto aos novos cálculos efetuados por Auditor Fiscal estranho ao feito. Decorrido o prazo concedido não houve qualquer manifestação.

Consta à fl. 1967 extrato emitido através do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, indicando o pagamento de parte do débito apurado do presente Auto de Infração, no valor principal reconhecido de R\$1.566,39.

VOTO

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 meses de janeiro a dezembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. 7/8 do PAF.

Na impugnação apresentada, o contribuinte alegou que o autuante não considerou nenhum valor de venda por meio de Nota Fiscal de Venda a Consumidor e Nota Fiscal, gerando erros em seu levantamento, e que o autuante observou que alguns originais de redução Z foram extraviados, e com isso, deixou de considerar as vendas indicadas para os respectivos dias.

O defendente alegou, ainda, que exerce a atividade de restaurante, está impedido por Lei municipal de cobrar “gorjeta” de seus clientes para repasse à equipe de garçons. Diz que fica à liberalidade do cliente oferecer “gorjeta” ao funcionário que o atenda, e dessa forma, adotou por norma aceitar pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor superior ao valor de venda de mercadorias, possibilitando a devolução da parcela a mais a título de troco, conseqüentemente, a oferta pelo cliente da parcela devolvida à equipe de garçons a título de “gorjeta”. O autuado apresentou o entendimento de que os valores apurados no levantamento fiscal não espelham a realidade dos fatos, alegando que, dos valores declarados pelas administradoras, devem ser extraídos os valores referentes ao repasse de gorjeta para os garçons (funcionários).

Observo que 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 já estabeleceu em sua cláusula quarta que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal.

Convênio ICMS 01/98:

***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.*

Portanto, não acato a alegação defensiva, 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, com redação vigente a partir de 28/12/2002, dada 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 Contribuinte deve 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 nesses documentos tenham sido registradas as mencionadas vendas como se fossem em dinheiro. Portanto, se o autuado apresenta 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, possibilita a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado e apuração de saldo remanescente.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo para a realização de diligências fiscais, no sentido de que o defendente fosse intimado para apresentar os documentos fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas, e que fossem excluídos do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.

Os cálculos foram refeitos, e na última diligência fiscal, foi informado por Auditor Fiscal estranho ao feito que foi calculada a proporcionalidade, apurando um novo valor de débito, conforme planilha acostada às fls. 1951 a 1957, ficando reduzido o imposto exigido para R\$5.079,71.

Vale salientar, que à fl. 1964 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados na diligência fiscal. Decorrido o prazo concedido, o defendente não apresentou qualquer manifestação.

Acato o resultado da revisão efetuada por estranho ao feito, e concluo que ficou parcialmente comprovada a infração apurada, conforme demonstrativo de débito à fl. 1957 dos autos, ficando reduzido o imposto exigido para R\$5.079,71.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140781.0054/06-8**, lavrado contra **WAGNER LAVRADOR PERIN**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.079,71**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA