

PROCESSO - A. I. Nº 298618.0012/12-1
RECORRENTE - BARRAVENTO TURISMO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0035-04/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/05/2015

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0120-12/15

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Aplicada a proporcionalidade indicada na Instrução Normativa nº 56/07. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente da apreciação do Recurso Voluntário à Decisão, relativo ao Auto de Infração, lavrado em 26/09/2012, o qual reclama ICMS no valor total de R\$14.568,34 em face de 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 desses cartões. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa de 70%.

A Decisão de piso cita se exigir neste lançamento, o ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis conforme comparativo das vendas com recebimentos em cartão de crédito ou de débito, as quais resultaram em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora desses cartões (presunção legal contida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96).

A apuração consistiu de auditoria confrontando os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões à SEFAZ e os correspondentes registros nos documentos fiscais emitidos (Reduções “Z” dos ECFs do autuado onde se indica recebimento do pagamento via cartões), conforme demonstrativos contidos nos arquivos do CD de fls. 68, cuja cópia foi entregue ao contribuinte (recibos de fls. 65-67). Também foi entregue ao contribuinte o demonstrativo das diferenças (fls. 61-64), o qual contempla a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, que considerada no lançamento tributário de ofício em lide, apurou-se o correspondente ICMS ora exigido.

E segue em seu relatório:

“Portanto, nesse procedimento administrativo fiscal-tributário, o cotejo se sustenta na confrontação entre os valores dos Cupons Fiscais cujos pagamentos se deram por cartões de crédito/débito e foram registrados nos equipamento emissores de Cupom Fiscal do contribuinte, conforme identificação em Redução Z e os valores das operações de vendas com pagamento feito via cartões de crédito e/ou débito informadas pelas administradoras como constam analiticamente indicados (operação por operação) no Relatório Diário das Operações TEF, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, pode ser elidida

mediante provas documentais em caso de irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais, cabendo ao contribuinte autuado provar existência de possíveis equívocos ou que todos os valores relativos às autorizações informadas pelas administradoras à SEFAZ tiveram o correspondente documento fiscal emitido. Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. Portanto, cabe ao contribuinte o ônus probatório para que a presunção não se confirme.

Na defesa, o autuado protestou o mérito da autuação apresentando planilha na qual, relacionando apenas valores globais diários que diz correspondentes a ECF cartões e NF D1 cartões, reconhece existir diferença somente de R\$ 3.771,11 em 2008 e R\$ 5.506,46 em 2009, para os valores passados pelas operadoras de cartões.

Considerando que, tendo oportunidade para elidir a presunção legal objetivamente apresentando os documentos fiscais, seja cupom ou NF, correspondentes às diferenças apontadas pela fiscalização e consubstanciadas nos demonstrativos retro indicados, o contribuinte autuado exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade da infração, concluo que a presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas resta confirmada e a infração inteiramente subsistente, conforme prevê as disposições dos arts. 140, 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Art. 140. *O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Art. 142. *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Art. 143. *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”*

Julga a Infração procedente.

Em sede de Recurso voluntario tempestivo, o recorrente insurge-se contra a lavratura do Auto de Infração, reprisando a alegação de equívoco no levantamento, consoante pontuado desde a defesa inicial.

Dentre as razões recursais, cita caber considerar que toda menção a dispositivos do RICMS/BA, cinge-se à vigência na época dos fatos. Alude então à nulidade das provas da acusação, porque os documentos apresentados como provas, inclusive os eletrônicos, são meros elementos extraídos dos sistemas da SEFAZ/BA, e devem ser considerados inválidos perante a Lei.

Firma que o uso da chave MD5 garante a integridade, porem não atesta a origem nem o emissor da informação. Conclui que os documentos apresentados não atendem as exigências legais e passa a discorrer e transcrever supedâneo jurídico a respeito.

Na sequência, em seu Recurso aborda a presunção legal enunciada, destacando que a legislação a admite se, e somente se, as vendas informadas pelo recorrente sejam inferiores às apontadas pelas administradoras desses cartões. Destaca descabida a ação fiscal, onde se verifica por parte do autuante, a comparação dos valores constantes da redução Z com os informes do TEF, eis que por vezes o caixa registra venda a dinheiro, o cliente resolve pagar com cartão, o POS gerará a modalidade de venda a cartão para o TEF gerando diferença frente à redução Z. Também diz o recorrente ser comum o cliente efetuar compra a cartão, e o mesmo não ser liberado pelo POS, implicando em efetuar a quitação da compra em meio de pagamento diverso do registrado no cupom fiscal (redução Z).

Comenta que a existência legal da presunção de omissões de saídas ocorre em dois momentos;

- No primeiro, comparam-se unicamente o total das vendas declaradas pelo contribuinte com as informadas através do TEF das administradoras, as quais são parcelas de distintas naturezas;
- Como parcelas da mesma natureza, tem-se as presunções de vendas em cartão de credito, informadas pelo contribuinte, assim como as informadas pelas administradoras de cartões.

Assevera que nas duas hipóteses acima, não se deve buscar apenas na redução Z a totalidade das vendas declaradas, ou mesmo as vendas declaradas no TEF.

E nos livros contábeis da empresa que se deve buscar a origem de Recursos, e devido a sua

organização, permite que se observe o impacto de todas as transações que ocorrem a cada momento.

Transcreve os quesitos do inciso VII do § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96, questionando porque não são cumpridos pela SEFAZ/BA.

Observa o recorrente que a redação da hipótese do atual caput do inciso VI, alíneas “a” e “d”, representa a hipótese antiga. E que a redação da nova hipótese da presunção legal, dispositivo novo é vigente a partir de 31 de março de 2010, cuja sistemática foi a adotada pelo fiscal autuante.

Realça em seu Recurso que pela correta interpretação da Lei, devem se comparar as vendas do contribuinte com as vendas informadas pelo TEF, e que no presente caso verifica-se não haver omissão de saídas.

Para este fim, demonstra às fls.128 de seu Recurso, planilha onde constam valores que, somente os relativos à reduções Z do período da acusação, já são superiores ao informados no mesmo período pelas administradoras de cartões.

Comenta que a presunção legal apontada requer comparar valores a nível sintético, das operações efetuadas pelo contribuinte com as informações das administradoras dos cartões, diferentemente do nível analítico executado pelo autuante. Acaso não fosse encontrado o correspondente valor fiscal, vinculado a cada operação espelhada no TEF, resultaria situação de “*falta de emissão de documento fiscal*” que é infração diferente da acusada presunção.

Indica que ao fisco compete provar que o autuado deixou de emitir documento fiscal para as operações com cartões de credito/debito; indicando as omissões, poderia o recorrente se defender, entretanto preferiu a presunção legal, que vem a ser a totalidade das operações por períodos de operação.

Aduz o recorrente que o agente fiscal considerou em seus trabalhos, a informação diária vinda nos TEFs, impossibilitando o confronto com as reduções Z em razão de que no ECF há tolerância de mais de duas horas na jornada diária antes do bloqueio desse equipamento, para a emissão de cupom fiscal, antes da impressão da redução Z. A guisa de exemplo copia e apensa duas reduções Z emitidas, apontando lapsos de datas entre a movimentação e a emissão da redução. Comenta que as informações advindas das administradoras de cartões não contemplam essa diferença de datas, consideram unicamente a data da transação.

Elabora demonstrativo de colunas para exemplificar as retro explicações (fl.130), na qual para dois dias seqüentes, são notórias as diferenças comparativas de horário entre a Administradora (coluna intermediária) e a empresa (coluna final, ECF). Considera dever-se considerar o período mensal e assim minimizar as divergências diárias.

Passando ao comentário da carga tributária, o recorrente diz que à época era optante pelo pagamento do ICMS em função da renda bruta, base art. 504 do RICMS/BA, e a autuação praticou 17% ao invés dos 4% devidos.

E com referencia a erro no lançamento, observa o recorrente que as informações das reduções Z relativas a 2008 e 2009 (anexo I e II), contem enganos, assim como no Anexo III, o qual transcreve lançamentos a menor nas vendas a cartões, em 08/7, 23/3 e 27/8/2009.

Alude o recorrente, ainda sobre enganos observados na autuação, que o agente fiscal deixou de considerar as saídas com notas fiscais pagas por cartões, conforme Relatório cuja denominação inicia com RNF.

Elabora Demonstrativo Global das Omissões de Saídas para 2008 e para 2009, considerando correção dos erros citados anteriormente, levando em conta apenas os valores indicados como cartões na redução Z, (com o que não concordam), mais as vendas com emissão de notas fiscais.

Reprisa o recorrente a clareza da interpretação da legislação quando estabelece a presunção legal **se e somente se**, os valores informados pelo contribuinte forem inferiores aos das administradoras de cartões de credito/debito. Assevera que no RAICMS as vendas escrituradas são

superiores as informadas por TEF (anexo IV), e elaboram demonstrativo dessa afirmativa.

Em seu pedido requer reforma do Acórdão combatido, para declarar a nulidade dos lançamentos fiscais por falta de elementos probantes validos.

Acaso não acatada a nulidade, requer a improcedência dos lançamentos fiscais, a vista de inexistir divergência entre os valores declarados pelo contribuinte e os informados pelas administradoras de cartões de credito.

Em sentada de julgamento optou-se por encaminhar os autos em Diligencia à INFAZ de origem (fl.192), pedindo-se informar;

- 1) Demonstrar vendas diárias (redução Z) efetuadas por cartões de debito ou de credito, inclusive notas fiscais, permitindo ao recorrente apurar que todos valores diários tenham sido considerados;
- 2) Computar todo o período mensal para apuração da base de calculo do ICMS, levantando diferenças havidas tanto contra como em prol do autuado;
- 3) No caso de confirmada presunção de omissão de saídas, aplicar a carga tributaria vigente na ocasião, art. 504 do RICMS.

Em sequencia fosse dada ciência ao sujeito passivo, documentos e prazo de 10 dias, para pronunciamento se assim desejasse.

Manifestou-se o recorrente (fl.204) realçando o descumprimento da Diligencia, eis que o agente autuante apenas aplicou o percentual de 4% sobre valores originalmente apurados.

Requeru agente estranho ao feito para cumprimento da Diligencia.

Às fls.210, esta 2ª. CJF encaminhou expediente à ASTEC/CONSEF para cumprimento da Diligencia, requerendo e expondo:

- 1) Demonstração analítica diária das vendas a cartão, consignadas pelas reduções Z e pelas notas fiscais, de forma a permitir ao autuado confrontar esses valores com os constantes dos TEFs e conferir que todas vendas foram consideradas pela fiscalização;
- 2) Levantar eventuais diferenças diárias havidas nos recolhimentos, tanto a favor como contra o contribuinte;
- 3) Considerar factível o alegado quanto ao mecanismo da operação do ECF, dado que vendas após as 24:00hs a nível do Point of Sales (POS) são grafadas cronologicamente no momento exato de sua ocorrência, enquanto os ECF mantem a data do dia anterior até aproximadamente 02 horas mais;
- 4) Como a atividade do contribuinte se desenvolve em altas horas, haverão distorções de 01 dia no confronto das vendas a cartões (POS) versus Reduções Z;
- 5) Dar ciência do resultado da Diligencia, fornecendo os elementos necessários para manifestações, dentro de 10 dias, se assim desejar o autuado.

Às fls.232 o recorrente representado por preposto advogado, manifestou sua concordância com os resultados da Diligencia, requerendo pela reforma do acórdão de piso.

Na sentada de julgamento, o conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes declarou-se impedido na votação do julgamento.

VOTO

Nos presentes autos, a sujeição passiva deu-se pela lavratura do Auto de Infração em tela, datado de 26/09/2012, o qual reclama ICMS no valor total de R\$14.568,34 face à 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. Período: janeiro 2008 (fl.63) a dezembro 2009 (fl.64). Multa de 70%.

O recorrente pede anulação do Auto de Infração sob alegação que, de acordo com as reduções Z, notas fiscais D1 e relação dos cartões de crédito, elaborou planilha a qual expõe, que em 2008 foi apurada diferença de R\$3.771,11 e no exercício de 2009 R\$5.506,46 (fls.75/8), em relação aos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito e as notas emitidas pela empresa. Assim, argumenta que se procedente fosse, o Auto de Infração teria valores improcedentes.

Às fl. 102, o autuante apurou que as diferenças, encontradas nas tabelas apresentadas pelo impugnante, ocorrem porque a fiscalização foi feita diariamente, enquanto o defendente faz o somatório mensal, como se vê nos demonstrativos RDO do PAF, sendo que diariamente foi verificado o total de cartões de débito e/ ou crédito e confrontado com a redução Z relativa àquele dia, bem como às notas fiscais emitidas. Assim, diariamente as omissões de saída foram somadas para chegar ao Demonstrativo Global das omissões (fls. 63 e 64), as quais discriminam os valores contidos nesta acusação.

Questão basilar no presente PAF, a salvo de duvidas, é verificar que sinteticamente as vendas declaradas pelo recorrente, em qualquer período tomado, ainda que na modalidade mensal, sempre carregaram valores superiores às vendas informadas pelas administradoras de cartões de debito/credito.

E o agente fiscal, em auditoria tomando por norte legislação de período anterior, operou analiticamente, ou seja, cotejou de “per si” os apontamentos do TEF que em termos de espécies, de datas e de valores, não guardaram íntima e completa identificação com os registros das reduções Z.

Peço vênia para divergir do conceituado julgamento da i. JJF por entender que o recorrente está abrigado na legislação de regência, e exponho a seguir; -

- Redação anterior (efeitos de 28/12/2002 até 30/03/2010) dada ao § 4º do art. 4º da lei nº 8542 de 27/12/2002:.. *“..o fato de a escrituração indicar.....ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de credito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”*.
- Redação dada pela Lei nº 11.899 com efeitos a partir de 31/03/2010, consigna em seu “Inciso VI, - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte, **inferiores** aos informados por: a) Instituições financeiras, b) administradoras de cartões de credito ou debito, c) shoppings- centers, centro comercial ou empreendimento semelhante”

E em seu “Inciso VII - Valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo **recebidos por meio de cartão de credito ou debito inferiores** aos informados pelas respectivas administradoras”.

Vê-se que para legitimar a presunção de omissão de saídas no período objeto da acusação, a condição essencial, não concretizada neste PAF, seria a de o contribuinte consignar vendas em valores inferiores às informadas no TEF pelas administradoras de cartões de débito/crédito, o que não ocorreu. Descabe, portanto a forma analítica de cotejamento e apropriação efetuada pelo agente autuante, a qual conduziu à lavratura do presente Auto de Infração. Desconsiderou os mandamentos enunciados no Inciso VII, retro mencionado, expondo dados fiscais à indevida autuação.

Destaco a peculiaridade operacional dos ECFS, que em estabelecimentos funcionais em altas horas, como se trata no presente, automaticamente encerram seu registro de data nas primeiras horas da madrugada do dia seguinte, enquanto os POS das administradoras de cartões são analíticos quanto a data, hora, minuto em que são gerados, impossibilitando o confronto ensejado.

No presente PAF foi observada a proporcionalidade prevista na IN 56/07, corrigida a aplicação da

alíquota do ICMS para 4% (art.504 do RICMS-BA), e procedendo a derradeiro levantamento, o i. auditor demonstra às fls. 214/5/6, restar apurado sem comprovação de registro, portanto omissões, conforme planilhas, as importâncias de R\$ 235,10 (ex.2008) e de R\$ 228,53 (ex.2009).

Derivado de um ajuste fino provocado pelas diligências efetuadas, a última das quais (fls.214) foi objeto de concordância exposta pelo preposto do recorrente às fls.232, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso apresentado, conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS/ANO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-CJF
JAN/2008	925,08	27,15
FEV/2008	810,87	19,80
MAR/2008	417,15	29,45
ABR/2008	464,52	15,90
MAI/2008	355,94	68,46
AGO/2008	277,18	17,59
SET/2008	620,33	15,55
NOV/2008	2.131,62	41,18
JAN/2009	1.098,66	149,97
FEV/2009	1.021,76	68,54
MAIO/2009	304,46	1,75
JUN/2009	501,67	8,27
TOTAL		463,61

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0012/12-1**, lavrado contra **BARRAVENTO TURISMO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$463,63**, 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, 22 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS