

A. I. Nº - 115236.0016/14-0
AUTUADO - BAR RESTAURANTE E POUSADA ESTRÊLA DO HORIZONTE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DO CARMO DAS MERCÊS MARQUES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO – INTERNET - 09/11/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-03/15

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 entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Mediante diligência o sujeito passivo, instado a apresentar documentação fiscal emitida correspondente às operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não carrou aos autos qualquer comprovação. Refeitos os cálculos em revisão efetuada por auditor estranho ao feito aplicando a proporcionalidade prevista na IN 56/07, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/03/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$121.984,93, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada, 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, no período de março de 2011 a dezembro de 2012. Demonstrativo às fls. 10 a 19.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 30, apresenta impugnação às fls. 26 a 28, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente informa que nos termos do art. 39, inciso I do Código de Processo Civil - CPC, subsidiariamente aplicado ao RPAF-BA/99, art. 180, este procurador declara que receberá intimação, notificação, citação e outros da espécie, quando relacionado ao presente PAF, no endereço de seu escritório localizado na Alameda Salvador, 1057, Torre Europa, sala 717, Caminho das Árvores, Salvador - BA, CEP 41820-790.

Declara ainda, nos termos da lei, que as reproduções reprográficas de documentos apenas a esta petição são cópias idênticas do respectivo original.

Depois de reproduzir os termos da autuação, assevera que o §3º do art. 8º do RPAF-BA/99 que as peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Destaca que recebeu CD-Rom contendo apenas dois arquivos em formato texto denominados “TEF BAR E RESTAUJRANTGE E P E DO HORIZONTE ANO 2012.txt” e “TEF BAR E RESTAURANTE E P E DO HORIZONTE ANO 2011.txt”, porém de conteúdo idêntico, ou seja, ambos os arquivos contém dados iguais referentes ao exercício de 2011. Diz juntar como prova o CD-Rom recebido das mãos do auditor fiscal.

Afirma que as planilhas, que constituem os demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, não foram apresentadas em “disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada”, no dizer da lei. Por isso, frisa ser nula, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF-BA/99, a intimação para ciência do auto de infração, pois não atente ao disposto no §3º do art. 8º do RPAF-BA/99.

Requer saneamento e reabertura de prazo de defesa.

Ao tratar do mérito da autuação, inicialmente afirma que os valores lançados no demonstrativo de fls. 06 e 07 apresentam valores para os meses de janeiro e fevereiro de 2011 oriundos de operações registradas em Notas Fiscais de Venda a Consumidor, pois naquele período o ECF estava inoperante. Continua assinalando que, em razão disso, o auditor fiscal considerou todos os valores das notas fiscais emitidas como vendas em cartão de crédito ou de débito. Lembra que na nota fiscal de venda a consumidor não se registra o meio de pagamento, por isso o valor é integralmente considerado como venda a cartão para efeito do levantamento na fiscalização. Remata destacando que para os demais meses de 2011 e para os meses de 2012, fls. 11 e 12, com exceção do dia 07/07/2011, o autuante não lançou qualquer valor a título de vendas com Redução “Z”;

Revela que ao analisar os demonstrativos constatou que nos meses de março de 2011 a dezembro de 2012 o auditor fiscal buscou os valores registrados nas Reduções a título de meio de pagamento cartão, resultando na ausência de vendas demonstradas nos levantamentos, exceto no dia 07/07/2011. Acrescenta que em razão da constatação de ausência de valores para o meio de pagamento cartão, também se notou a ausência de valores para os demais meios de pagamentos, a exemplo de dinheiro, exceto para o meio de pagamento “TICKET”

Informa que buscou explicação junto a uma empresa de assistência técnica do fabricante do teclado, obtendo a seguinte explicação: “O TECLADO SE ENCONTRAVA COM DEFEITO, QUALQUER TIPO DE FINALIZAÇÃO (DINHEIRO,CHEQUE,CARTÃO,ETC.) FINALIZAVA SÓ NA FUNÇÃO TICKET” (sic). Frisa que tal fato pode ser observado no Laudo Técnico, atestado de intervenção e outros documentos em anexo - Doc. 02, fls. 34 a 38.

Aduz que, como no Cupom Fiscal, por defeito do equipamento, não se identificava corretamente o meio de pagamento, o levantamento não pode considerar os valores registrados como meio de pagamento nas Reduções “Z”, deve considerar o total das operações indicadas como venda líquida nas Reduções “Z” para efeito do levantamento na fiscalização, por analogia ao procedimento adotado para as vendas com emissão de nota fiscal de venda a consumidor.

Destaca que o auditor fiscal não aplicou a proporcionalidade das operações tributadas para efeito de apuração da base de cálculo, devendo ser observada a Instrução Normativa nº 56/07.

Informa que opera no segmento de restaurantes e similares (CNAE 5611201), por isso fazia jus ao benefício do art. 504 do RICMS-BA/97, por estar inscrito na condição de “normal” no CAD-ICMS à época. Acrescenta assinalando que também fazia jus ao benefício de redução de base de cálculo de forma que a carga tributária fosse equivalente a 4% e também não foi observado pela fiscalização.

Depois de afirmar que, de acordo com o §1º do art. 18 do RPAF-BA/99 é nulo o procedimento fiscal quando não se possa conhecer o valor do montante do débito tributário, pugna pela nulidade do Auto de Infração.

Conclui requerendo o conhecimento e acolhimento da preliminar de nulidade e, acaso superada a preliminar, pugna pela nulidade do Auto de Infração por não ser possível conhecer o valor do montante do débito tributário.

O autuante presta informação fiscal, fls. 45 e 46, depois de reproduzir o teor da autuação, alinha as seguintes ponderações.

Observa que o trabalho desenvolvido foi “OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO”, o qual é feito um comparativo das Informações prestadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito e as operações realizadas pelo contribuinte. Assinala que o período da fiscalização alcança o período 01/01/2011 a 31/12/2012.

Destaca que foi apresentado algumas Reduções “Z”, e alguns talões série D1, não foi apresentado Notas fiscais de compras. No exercício de 2011 houve raras vendas de cartão de crédito. Já no exercício de 2012, não houve qualquer venda de Cartão de Crédito. Menciona que as vendas através da Série D1, foram consideradas no levantamento fiscal. Frisa que o trabalho desenvolvido se ateve exclusivamente as vendas em Cartão, destacando que nessa análise são desprezadas as vendas em dinheiro, cheques, ticket, etc.

Informa que todas as DMAs foram entregues em branco. Afirma não ser verdade a alegação do defendente de que não recebeu cópias do trabalho desenvolvido. Registra que as cópias do DMAs em branco estão apensadas às fls. 08 e 13. Assinala que foram entregues ao autuado cópias de todo o resultado do trabalho fls. 09, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17; Relatório TEF anual dos exercícios 2011/2012, fls. 18 e 19; e do Relatório TEF Diário do exercício de 2011, fl. 22.

Registra que, por um lapso, o TEF Diário de 2012, não foi copiado, sendo apresentado em duplicidade o do exercício de 2011; que ora estamos apresentando o TEF Diário de 2012, fls. 44.

Quanto à proporcionalidade reclamada pelo contribuinte, frisa que deixou de ser realizada por falta de apresentação da documentação solicitada, e também por falta de vendas com o Cartão de Crédito, e com notas fiscais de vendas.

Revela que o RICMS-BA/97 proíbe o contribuinte que opera com a ECF realizar operações de vendas com emissão de notas fiscais, exceto na falta energia elétrica ou que haja uma quebra do equipamento.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Esta 3ª JJF, em pauta suplementar converte os autos em diligência, fl. 50, para que o autuante entregasse ao impugnante cópia do Relatório TEF diário por operações do exercício de 2012, solicitasse do defendente a apresentação de planilha demonstrando a proporcionalidade de suas operações nos exercícios de 2011 e 2012, tributadas, isentas ou não tributadas e outras lastreadas em documentação fiscal e a comprovação da emissão do correspondente documento fiscal para cada uma das operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito e financeiras independente do meio de pagamento (dinheiro, cheque, cartão ticket, etc.), e elaborasse novo demonstrativo de apuração considerando a proporcionalidade prevista na IN 56/07, excluindo as operações devidamente comprovadas que tiveram a emissão da correspondente documentação fiscal, independente da modalidade de pagamento, e reaberto o prazo de defesa para que o autuado se manifestar.

Diligente designando pela supervisão da Infaz Varejo apresenta resultado da diligência, fls. 54 a 62, informando que foi entregue ao defendente cópia do TEF diário do exercício de 2012 e que o contribuinte apresentou planilha demonstrando a proporcionalidade de suas operações. Frisa que não foi apresentada a comprovação da emissão do correspondente documento fiscal para cada operação informada no TEF diário. Apresentou novos demonstrativos contemplando a proporcionalidade, fls. 59 e 60, explicitando a apuração do débito no valor de R\$15.260,67 - exercício de 2011 e de R\$20.588,60 - exercício de 2012.

Ao tomar ciência do resultado da diligência, o defendente se manifesta às fls. 95 a 97, nos seguintes termos.

Inicialmente destaca que o auditor fiscal responsável pela diligência elaborou novos demonstrativos de débito após a aplicação da proporcionalidade, porém errou ao utilizar os valores de vendas totais informados pelo autuado como sendo a base de cálculo da suposta omissão de saída.

Depois de reproduzir o teor dos incisos VI e VII do §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, observa que pela aplicação da presunção prevista no §4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, duas seriam as possibilidades de presunção de ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto relacionadas às informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito: a) comparar os valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte com as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito; e b) comparar os valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito com as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito.

Registra que não sendo possível comparar os valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito com as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito, pelos motivos técnicos apresentados na peça inicial de impugnação ao lançamento, não resta outra alternativa senão a de comparar os valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte com as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito. Remata destacando que o auditor fiscal responsável pela diligência não fez a referida comparação, isto é, utilizou os valores de vendas declaradas e aplicou a proporcionalidade.

Diz entender que o correto seria comparar os dois valores e em sendo os valores declarados pela autuada inferiores aos informados pelas administradoras de cartões, sobre a diferença aplicar-se-ia a proporcionalidade para se conhecer a base de cálculo das supostas omissões. Assinala que o imposto exigido seria resultante da aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo.

Apresenta planilha, fls. 96 e 97, indicando o resultado de acordo com o método que diz entender ser o correto. No exercício de 2011 indica o débito de R\$377,78 e, para o exercício de 2012, apura o débito de R\$40,36.

Menciona que nos termos do art. 39, inciso I do Código de Processo Civil - CPC, subsidiariamente aplicado ao RPAF-BA/99, art. 180, declara que receberá intimação, notificação, citação e outros da espécie no endereço de seu escritório localizado na Alameda Salvador, 1057, Torre Europa, sala 717, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-790.

Por fim, declara ainda, nos termos da lei, que as reproduções reprográficas de documentos apenas a esta petição são cópias idênticas do respectivo original.

O diligente presta nova informação fiscal acerca da manifestação do impugnante, fl. 103, nos seguintes termos.

Inicialmente relata que atendendo à solicitação da 3ª JF, fl. 50, procedeu à intimação do Contribuinte em 13/11/2014. Atendida, parcialmente, a intimação pelo Contribuinte, procedeu à elaboração dos novos demonstrativos, conforme indicado no item 2 da solicitação de diligência, concedendo o benefício da proporcionalidade, o que reduziu o valor histórico autuado de R\$121.984,93 para R\$35.849,27.

Esclarece que para elaborar o demonstrativo, constante às fls. 59 e 60, tomou como ponto de partida os valores históricos lançados no Auto de Infração.

Informa, também, que nas planilhas, fls. 12 e 17, que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração não houve lançamento, com exceção um pequeno valor no mês de julho de 2011, no período de 01/03/2011 a 31/12/2012. Observa que o autuado se manifestou alegando que após a

elaboração dos novos demonstrativos também não houve lançamento no período citado. Diz que no dia 05/08/2015 o Auditor Fiscal estranho ao feito intimou, novamente, o autuado para apresentar o que foi solicitado na diligência, fl. 50, cujo teor transcreve: “Solicitar comprovação da emissão do correspondente documento fiscal para cada uma das operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, na mesma seqüência apresentada nos relatórios TEFs, independente do meio de pagamento (dinheiro, cheque, cartão, ticket, etc.) registrado no ECF”.

Registra que na data da entrega indicada na intimação fiscal, o representante do autuado compareceu à Infaz/Varejo e apresentou um CD que não corresponde com o que foi solicitado.

Quanto às Reduções “Z” apresentadas pelo Contribuinte na ocasião do atendimento da intimação de 13/11/2014, observa que, apesar de não ter sido solicitadas, não pode levá-las em consideração porque não existe, em nenhuma delas, lançamentos de vendas em rubricas de Cartões de Débito e/ou Crédito.

O representante do autuado atravessa petição, fl. 114, solicitando o adiamento do julgamento pautado para 27/10/15, encontrar-se em viagem na cidade de Santa Maria da Vitória para cumprimento de prazo para manifestação acerca de Laudo Pericial na Vara Cível da Comarca.

Na forma prevista no art. 67 do Regimento Interno do CONSEF, esta 3ª JF acatou a solicitação do representante do autuado e adiou o julgamento do feito para a sessão seguinte do no dia 27/10/2015.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que o óbice apontado foi suprido por ocasião do atendimento da diligência determinada por esta 3ªJF, na qual restou cumprida a entrega de cópia do Relatório TEF diário por operação relativo ao exercício de 2012 e reaberto o prazo de defesa. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração se refere à exigência de ICMS em razão da omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, no período de março de 2011 a dezembro de 2012.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exhibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópia do Relatório Diário por Operação TEF, inclusive mediante o atendimento de diligência com reabertura do prazo de defesa, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

O defendente alegou que, como no Cupom Fiscal, por defeito do equipamento, não identificava corretamente o meio de pagamento, o levantamento fiscal não poderia considerar os valores registrados como meio de pagamento nas Reduções “Z”. Sustentou que deveria ser considerado o total das operações indicadas como venda líquida nas Reduções “Z” para efeito do levantamento na fiscalização, por analogia ao procedimento adotado para as vendas com emissão de nota fiscal de venda a consumidor. Apontou também a falta de aplicação no levantamento fiscal da proporcionalidade das operações tributáveis para efeito de apuração da base de cálculo, devendo ser observada a Instrução Normativa nº 56/07.

Destaca que não foi observado pela fiscalização a sua condição, por operar no segmento de restaurantes e similares (CNAE 5611201), de beneficiário da previsão constante do art. 504 do RICMS-BA/97, pois estando inscrito na condição de “normal” no CAD-ICMS à época da ocorrência dos fatos geradores, fazia jus ao benefício de redução de base de cálculo de forma que a carga tributária fosse equivalente a 4%.

Esta 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que o fosse entregue ao autuado cópia do TEF diário por operações relativos ao exercício de 2012 e intimasse o defendente a apresentar demonstrativo da proporcionalidade de suas operações e que comprovasse mediante a apresentação dos correspondentes documentos fiscais das operações informadas pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras emitidos independentes da modalidade de pagamento em que foram realizadas.

Em atendimento ao pedido de diligência fiscal designado informou que intimado o impugnante somente apresentou demonstrativo da proporcionalidade das operações e não carrou aos autos qualquer comprovação de que tivesse emitido qualquer documento que correspondesse às operações informadas no TEF diário. Assinalou que elaborou novos demonstrativos de apuração considerando a proporcionalidade prevista na IN 056/07, que resultou na redução do débito exigido para R\$35.849,27, sendo R\$15.260,67 - exercício de 2011, fl. 59, e de R\$20.588,60 - exercício de 2012, fl. 60.

Em manifestação sobre o resultado da diligência o autuado asseverou que não resta alternativa, senão a de comparar os valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte com as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito. Discordo do argumento da defesa, haja vista não fazer o menor sentido a pretensão, eis que o roteiro específico de auditoria aplicado visa apurar omissão de receita com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

Considerando a falha no ECF do estabelecimento autuado que no período fiscalizado, não segregou as operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito caberia ao impugnante, para elidir a presunção legal apurada, carrear aos autos a comprovação de que foram emitidos documentos fiscais correspondentes para cada uma das operações listadas no TEF.

A diligência deliberada por esta JJF, na busca da verdade material, propiciou a oportunidade do defendente para apresentar a comprovação de qualquer documento fiscal emitido pelo estabelecimento autuado, independente do meio de pagamento, que correspondesse à operação listada no TEF, na tentativa de superar o óbice gerado pela falha do ECF do defendente. No entanto logrou êxito, uma vez que o contribuinte, mesmo de posse da documentação comprobatória solicitada e intimado por duas vezes, fl. 55, e fl. 104, não carrou aos autos qualquer documentação fiscal emitida que correspondesse a operações listadas no TEF diário por operações fornecido pelas administradora de cartão de crédito/débito.

Quanto à pretendida solicitação para aplicação do benefício de redução da base de cálculo de forma que a base de cálculo fosse equivalente a 4%, por operar no segmento de restaurantes e similares (CNAE 5611201), saliento que, além de não constar no cadastro da SEFAZ a condição alegada, o impugnante não carrou aos autos qualquer comprovação da formalização de sua opção pelo tratamento previsto no art. 504 do RICMS-BA/97, que exige para fruição solicitação de alteração cadastral. Portanto, não há que se falar em apuração com base na receita bruta.

Ao compulsar os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e acostados às fls. 59 e 60, verifco, que ocorrera um equívoco na totalização do demonstrativo atinente ao exercício de 2011 que, em vez de constar o valor correto da soma das parcelas no montante de R\$16.745,56, na totalização do débito consta indevidamente o valor de R\$15.260,67. Portanto, com essa correção o valor do débito total passa para R\$37.334,16.

Nestes termos, aplicada a proporcionalidade prevista na IN 56/07, . acato os novos demonstrativos do autuante com a aludida correção e concluo pela procedência parcial deste item da autuação, no valor total de R\$37.334,16.

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

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 **115236.0016/14-0**, lavrado contra **BAR RESTAURANTE E POUSADA ESTRÊLA DO HORIZONTE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$37.334,16**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, incisos III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA