

A. I. N ° - 206881.0009/05-6
AUTUADO - SEAWAY CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 23-02.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0044-01-06

EMENTA. ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração confirmada. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, atribui ao autuado as seguintes infrações:

01 – Omitiu saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através do levantamento de vendas com pagamento em cartões de crédito ou de débito, em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, resultando na exigência de ICMS no valor de R\$ 22.943,60, correspondente aos meses de maio e outubro a dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, maio e julho a dezembro de 2004. Tudo em conformidade com levantamento de vendas de mercadorias através de cartão de crédito, com base nas Reduções Z, comparadas com o valor informado pelas Administradoras de Cartão de Crédito, tendo sido considerado o crédito de 8%, pelo fato da empresa estar enquadrada no SIMBAHIA;

02 – Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que estava obrigado, nos meses de fevereiro a julho e outubro de 2003, tendo sido apurado o valor de R\$ 28.703,10 que, com aplicação da multa de 5%, resultou no montante de R\$ 1.435,14. Infração apurada através da constatação da emissão das notas fiscais de venda a consumidor (D-1) em substituição ao cupom fiscal.

O autuado apresentou defesa às fls. 28 a 31, discorrendo a princípio a respeito da infração 01, quando afirmou que em nenhum momento promoveu saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, justificando que muitas vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou débito foram registradas como vendas com pagamento em dinheiro ou cheque. Arguiu que tal procedimento foi efetuado em virtude do sistema de processamento de dados ter apresentado dificuldades no registro de vendas com pagamento em cartões de crédito/débito. Que o problema foi reconhecido pelo próprio fornecedor do sistema. Disse ainda que quando da implantação do referido sistema não houve nenhuma informação ou exigência por parte da Secretaria da Fazenda, a respeito das diversas formas de pagamento e que tal separação decorreu apenas de uma necessidade gerencial da empresa.

Argumentou que o art. 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97 prevê que no caso de verificação da diferença encontrada pela fiscalização, apenas se presume terem ocorrido operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto. Que não existe certeza por parte da fiscalização da ocorrência de recolhimento a menor ou da falta de recolhimento do ICMS nas vendas realizadas através de cartão de crédito/débito. Observou que os valores dos faturamentos mensais são sempre muito superiores, conforme planilha apresentada à fl. 50. Requereu, com base nisso, a realização de perícia contábil para comprovar a improcedência de tal presunção.

Ao tratar da infração 02, o autuado alegou que a definição da mesma não coincide com o enquadramento aposto no Auto de Infração. Afirmou que enquanto a descrição da infração trata da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do equipamento ECF, o dispositivo citado (art. 824-D, inciso II, do RICMS/BA) trata da necessidade do programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao software básico do ECF, estar cadastrado na Secretaria da Fazenda e do atendimento de determinados critérios. Asseverou então que não havendo conexão entre os fatos descritos no Auto de Infração e o embasamento legal da infração, torna-se impossível a elaboração da defesa por desconhecimento da acusação que lhe é atribuída.

Afirmando que todos os documentos emitidos estão em conformidade com a legislação estadual e em especial com o Dec. 6.284/97, transcreveu o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, para requerer a nulidade do Auto de Infração, concluindo que a autuante não apresentou dados suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 53 a 55, alegando que ao imputar ao autuado a falta de recolhimento do ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pretendeu demonstrar, com base nas Reduções Z e nas notas fiscais D-1, terem ocorrido vendas de mercadorias com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido pelas administradoras de cartão, conforme previsão do art. 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97. Aduziu que, de acordo com o art. 8º, inciso IV, § 1º, do RPAF/99, cabe ao autuado anexar os meios de prova para demonstrar suas alegações que, no presente caso, seriam os cupons fiscais relacionados com os boletos de vendas por cartão de crédito e que, não o fazendo, deixou de comprovar ter registrado no ECF operações com cartão como se fossem a vista.

Afirmou então que restou carente de fundamento a alegação do autuado de que a diferença apurada pela fiscalização se deveu ao fato das vendas do seu estabelecimento terem sido sempre superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão, pois a comparação deve ser feita é entre o total das vendas em cartão lançadas na Redução Z com o total informado pelas administradoras dos cartões. Ressaltou que o autuado discrimina nas Reduções Z as diversas formas de pagamento que opera e que, tendo sido constatada a emissão de notas fiscais de venda a consumidor em substituição ao cupom fiscal, os valores foram considerados como vendas em cartão, conforme demonstrativos anexados às fls. 10 a 14. Esclareceu que o art. 238, através do § 7º,

do RICMS/97, prevê a obrigatoriedade de indicação no cupom fiscal, do meio de pagamento adotado na operação.

Arguiu que a cobrança do imposto decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido pelas administradoras de cartões, fato comprovado através dos demonstrativos de fls. 10 a 14 e dos relatórios de Informações TEF (fls. 16/17), com respaldo no art. 2º, § 3º, inciso VI do RICMS/BA, com infração tipificada no art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96. Argumentou que, como o autuado não comprovou a improcedência da presunção e estando o processo devidamente caracterizado, não se faz necessária a realização da perícia pleiteada.

Tratando da infração 02, observou que da análise das peças processuais, principalmente o Demonstrativo das Notas Fiscais de Saída (fl. 12), constata-se que o autuado promoveu vendas de mercadorias através de notas fiscais de venda a consumidor (D-1) em substituição ao cupom fiscal, infringindo o art. 824-D, inciso II, do Dec. 6.284/97, estando prevista, para o descumprimento dessa obrigação acessória, a multa de 5% sobre o valor das operações, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei 7.014/96 e com o art. 915, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, considerando não ter sido comprovado que o equipamento se encontrava sob intervenção técnica.

Avaliou que o pedido de nulidade para essa infração é inconsistente, que não está previsto nos dispositivos regulamentares, notadamente no art. 18 do RPAF/BA e que contém informações inverídicas, com o objetivo de procrastinar o pagamento do débito tributário. Sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Considerando que somente após a informação fiscal o contribuinte recebera os Relatórios TEF - Operações, através de disquete constando 02 arquivos autenticados em 25/10/2005, dos exercícios fiscalizados (2003 e 2004) e como naquela oportunidade fora dado prazo de apenas 10 (dez) dias para o autuado se manifestar, esta 1ª JF deliberou, em pauta suplementar (fl. 61), que o processo fosse encaminhado à INFAZ BONOCÔ, solicitando que a Repartição Fazendária, intimasse novamente o autuado, comunicando-lhe da reabertura do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que não ficasse caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.

Havendo manifestação do autuado, o processo deveria ser encaminhado ao autuante, para informação fiscal.

À fl. 64 consta Intimação, através da qual o autuado foi cientificado da concessão do prazo de defesa de 30 (trinta) dias para se manifestar a respeito do teor da informação fiscal prestada pela autuante, bem como sobre os dados correspondentes às operações por ele realizadas, constantes do Relatório TEF dos exercícios fiscalizados, conforme Intimação de fls. 57/58, não constando do PAF que o autuado houvesse se pronunciado.

VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS por omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pela Administradora de Cartão de Crédito e Instituição Financeira, bem como foi aplicada multa pela emissão de nota fiscal de venda a consumidor em substituição a emissão de cupom fiscal decorrente do uso de equipamento de controle fiscal e de nota fiscal – empresa de pequeno porte EPP.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, que justifica essa solicitação alegando que a definição da infração 02 não coincide com o seu enquadramento, o que lhe impossibilitaria de elaborar sua defesa, por desconhecimento da acusação que lhe é imputada. Observo que a autuante fez constar no campo próprio do Auto de Infração o art. 824-D,

inciso II, do RICMS/97, que está relacionado com os procedimentos a serem adotados pelos usuários de equipamento emissor de cupom fiscal, sendo que o dispositivo aplicado à situação em tela é o art. 824-B. Não obstante, esse fato não apresenta cerceamento ao direito de defesa do autuado, pois o art. 19 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99), não deixa margens a quaisquer dúvidas de interpretação, conforme transcrevo abaixo:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Vejo que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento das infrações imputadas ao autuado; descreve devidamente as infrações nos campos próprios, assim como apresenta os percentuais da multa aplicada.

Do exame das peças processuais, observo que na apuração da infração 01, a autuante, ao confrontar os valores das vendas efetuadas com cartão de crédito e/ou débito, constantes na redução Z e nas notas fiscais emitidas pelo autuado, com os valores informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras, identificou diferença a mais nos valores informados pelas Administradoras de Cartões e Instituições Financeiras, que aqueles constantes nas reduções Z e nas notas fiscais emitidas, no mesmo período, pelo autuado. Esse fato caracteriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, como determina o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, conforme transcrevo abaixo:

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

.....

§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Tal disposição afasta as argumentações defensivas no tocante à falta de certeza por parte da fiscalização quando da constatação de recolhimento a menos ou da falta de recolhimento do ICMS nas vendas realizadas através de cartão de crédito/débito

Verifico que, através de Intimação, o autuado recebeu cópia da Informação Fiscal juntamente com os Relatórios de Informações TEF – Operações Diárias, sendo cientificado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar. Apesar do prazo inicial ter sido modificado para 30 (trinta) dias, o sujeito passivo não se pronunciou, tornando prejudicadas as alegações defensivas para justificar as diferenças apontadas na autuação.

Desta forma, fica mantida a infração 01.

No tocante a infração 02, a obrigatoriedade da utilização do referido sistema encontra-se prevista no RICMS/97, no artigo 824-B, o qual transcrevo a seguir:

“Art. 824-B. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.”

Por sua vez, o artigo 42, XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, estabelece multa específica de 5% (cinco por cento) sobre o valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Mantida a multa aplicada, na quantia de R\$ 1.435,14.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0009/05-6**, lavrado contra **SEAWAY CONFECÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.943,60**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$ 1.435,14**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR