

A. I. N ° - 102104.0023/05-0
AUTUADO - JÓIAS MUNDI LTDA
AUTUANTE - HELIANA GUIMARÃES DINIZ
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET -.08.06.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF 0196-01/06

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração comprovada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO 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. O sujeito passivo elidiu parcialmente a acusação fiscal, apresentando demonstrativos referentes às operações realizadas, não contestadas pela autuante, bem como por meio de atestados de intervenção técnica no ECF, o que possibilitou a redução do débito. Infração parcialmente caracterizada. Indeferido o pedido de dispensa ou de redução da multa aplicada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/05/2005, atribui ao autuado as seguintes infrações:

01 - 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 àquele fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a março e junho de 2003 e janeiro a maio e setembro de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 7.955,85, acrescido da multa de 70%;

02 - Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e

janeiro a dezembro de 2004, ensejando a imposição de multa de R\$ 86.750,81, correspondente a 5% do valor constante nos documentos fiscais.

O autuado apresentou defesa tempestiva às fls. 22 a 46, na qual suscitou a nulidade da infração 01, por não terem sido entregues os demonstrativos específicos de apuração de cada operação, dificultando o exercício do seu direito de defesa e do amplo contraditório, e da infração 02, por erro de tipificação, com o enquadramento incorreto do fato descrito com a norma infringida, alegando que o dispositivo indicado é dirigido ao cadastramento do programa aplicativo do ECF.

Afirmou que, na Infração 01, de acordo com a transcrita Cláusula Segunda do Convênio ECF 01/01, o contribuinte deveria receber as relações correspondentes ao faturamento que cada administradora de cartão de crédito ou débito fornecesse à Secretaria da Fazenda, para possibilitar-lhe a defesa através da conferência dessas informações com a sua documentação fiscal. Acrescentou que a autuante não provou o fato constitutivo de seu direito, não sendo possível lhe transferir a obrigação de identificar o fato gerador e determinar a base de cálculo, sem que lhe fossem fornecidos os elementos informativos individualizados da base calculada. Disse não saber como a fiscalização chegou aos valores lançados na “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito”, coluna “Vendas com Cartão Informadas pelas Administradoras”.

Asseverou que o fato do fisco negar a oportunidade de conferência dos valores, evidencia a sua impossibilidade de contestar a imposição, com grave prejuízo financeiro, se ao final houver o pagamento do tributo sem causa. Que a ocorrência causou embaraços ao exercício do direito de defesa e o amplo contraditório, violando o princípio do devido processo legal na pretensão de cobrança de crédito tributário ilíquido e incerto, uma vez que não foi demonstrada a origem do direito do fisco.

No tocante à Infração 02, disse que o equipamento TA 100 apresentou problemas técnicos de operação e no software desde a sua aquisição, sem que o serviço de assistência técnica e manutenção lograsse êxito para a sua correção adequada e definitiva, sendo substituído por outra unidade nova, de acordo com o laudo que anexou (fl. 53), tendo emitido documentos fiscais por meio do ECF, quando o equipamento estava em condições de uso, durante o período de janeiro a dezembro de 2003 e em janeiro de 2004, conforme demonstrativo acostado, denominado Anexo II (fls. 55 a 98).

Alegou que a própria fiscalização comprovou a regular utilização da nota fiscal de venda a consumidor em substituição à emissão de cupom fiscal nos dias 11/03/2003, 09/08/2003, 04 e 07/08/2004, quando foram visadas as Notas Fiscais D-1 4.672, 5.249, 6.609 e 6.628, respectivamente, as quais anexou (fls. 49 a 52), sem efetuar qualquer observação de irregularidade, aduzindo ter havido a reiterada aceitação da emissão das notas fiscais de venda a consumidor e entendendo que deve ser excluída a imposição de penalidade com base no art. 100, inciso III, e seu parágrafo único, do CTN.

Declarou que existem enormes diferenças entre a totalização do campo “base de cálculo” desta infração e os demonstrativos que elaborou, com base na individualidade de cada documento, emitido dia a dia (fls. 55 a 98), com a sua totalização mensal (fl. 54), requerendo a realização de diligência para a sua conferência. Argumentou ser totalmente irreal o valor da multa apurada para essa infração, principalmente se comparada com o seu movimento econômico nos exercícios de 2003 e 2004, conforme informações prestadas à SEFAZ, que exprimem a realidade do seu documentário fiscal. Alegou que de acordo com seus cálculos o montante do débito dessa infração chegaria a R\$ 28.192,68, observando, contudo, que a apuração não significa confissão de culpa por ato ilícito.

Transcreveu ensinamentos do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho, que versam sobre a possibilidade da multa se constituir numa maneira de burlar o dispositivo constitucional que

proíbe o confisco e, em seguida, argüiu a inconstitucionalidade do dispositivo da multa aplicada, solicitando a apreciação da desproporcionalidade da multa punitiva, nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, considerando que não agiu com dolo, fraude ou simulação e efetuou o pagamento do imposto referente às notas fiscais D-1 emitidas.

Requeru a nulidade da autuação ou a sua improcedência, além da realização de diligência. Protestou, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 111 a 113, disse, em relação à infração 01, que utilizou os valores oferecidos à tributação nos DAE's, os quais, em todos os meses, foram superiores ou ficaram próximos aos apurados pelos somatórios das notas fiscais, mas que nada foi provado quanto ao erro no somatório, pois o autuado não juntou as notas fiscais ou as reduções Z ao processo, entendendo que deve ser realizada diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar estes dados. Acrescentou que o autuado poderia ter solicitado os valores consignados como vendas das administradoras de cartão de crédito/débito.

No tocante à infração 02, alegou que a determinação do enquadramento e do dispositivo da multa aplicada é realizada pelo Sistema de Emissão de Autos de Infração – SEAI desta SEFAZ/BA, inexistindo a configuração do fato à hipótese legal, mas que o método de fiscalização foi determinado pela Administração que se baseia no art. 238 do RICMS/97, o qual trata da obrigatoriedade de emissão do cupom fiscal, não proibindo a emissão de nota fiscal D-1, salvo *a contrario sensu*.

Considerando que, em relação à infração 01, o autuado alegou que não foram observados diversos cupons fiscais emitidos e a autuante não verificou se os pagamentos referentes às vendas com notas fiscais D-1 foram efetuados mediante cartões de crédito e/ou débito; considerando não constar do PAF que o autuado recebeu os Relatórios de Informações TEF – Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito; considerando que, em relação à infração 02, o autuado alegou que o ECF esteve quebrado em vários períodos e que não consta dos autos o demonstrativo das notas fiscais D-1 que foram emitidas nas situações em que o autuado estava obrigado à emissão de cupom fiscal.

Esta 1ª JJE, em pauta suplementar (fl. 118), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ IGUATEMI, para que a autuante, ou outro auditor fiscal a ser designado, adotasse as seguintes providências:

- 1) Fornecesse ao autuado, mediante recibo, os Relatórios de Informações TEF – Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito em todos os meses dos exercícios de 2003 e 2004;
- 2) Intimasse o autuado a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os, mensalmente, nos exercícios de 2003 e 2004, e a apresentar as notas fiscais D-1 emitidas, as reduções Z, bem como os atestados de intervenção referentes aos períodos em que o ECF esteve em manutenção, naqueles exercícios;
- 3) Caso o autuado atendesse a intimação, o diligente deveria elaborar o demonstrativo das notas fiscais objeto da multa aplicada na infração 02, exceto pelas emitidas nos períodos acobertados pelos atestados de intervenção, e conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado em relação à infração 01, e, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos de débito em relação aos valores não comprovados.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, cópia dos documentos anexados e dos demonstrativos elaborados pelo diligente. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se

manifestar nos autos a respeito do resultado da diligência. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante para que elaborasse nova informação fiscal.

Através de documento constante à fl. 122, o autuado foi intimado a atender as disposições contidas na diligência supra, bem como atestou haver recebido os Relatórios TEF - Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito nos exercícios de 2003 e 2004.

Em atendimento à intimação, o autuado se manifestou às fls. 123/124, afirmando haver efetuado a entrega dos talões de notas fiscais série D-1, das fitas detalhe do ECF contendo as reduções Z, além dos Atestados de Intervenção referentes às OS de numeração final 467, 413 e 405 (fls. 125 a 127). Esclareceu que o equipamento ECF sempre esteve apresentando defeitos, conforme explicado na impugnação, tendo sido necessária a sua substituição.

Apresentou às fls. 128/129 demonstrativos comparativos relativos às vendas por cartão, ao faturamento de acordo com o Auto de Infração e ao faturamento pela empresa, para comprovar, por amostragem, os erros mais significativos apurados no Auto de Infração, com base nos documentos entregues para revisão da infração 02.

Argüiu que em relação aos Relatórios de Informações TEF - Mensais do período fiscalizado, como revelam apenas de forma sintética o montante mensal das supostas vendas por cartão, não oferecem condições de análise de cada operação individual, o que dificulta o exercício da defesa e do amplo contraditório. Reiterou os termos da impugnação e de seus anexos.

Às fls. 130 a 134 a autuante informou que em relação à infração 01 entregara ao sujeito passivo a documentação determinada pelo CONSEF. Esclareceu que baseada nas notas fiscais e nos cupons fiscais reapresentados, refez os cálculos correspondentes aos dois exercícios, apresentando planilhas que contêm os novos valores apurados (fls. 135 e 137), quando o débito de 2003 passou para R\$ 6.485,58 e o do exercício de 2004 para R\$ 5.602,50, totalizando para a infração 01 o montante de R\$ 12.088,08. Observou que nos meses nos quais as bobinas foram apresentadas, considerou apenas os valores ali destacados como venda por cartão e nos meses em que ficou comprovado que o ECF estava em manutenção, considerou como venda por cartão todas as vendas efetuadas através de notas fiscais.

Em referência à infração 02, a autuante alterou a base de cálculo do exercício de 2004, nos períodos que o autuado comprovou que o equipamento ECF estivera sob intervenção, da seguinte forma: em abril mudou de R\$ 21.934,00 para R\$ 6.755,00; em maio de R\$ 39.232,00 para R\$ 8.114,00; em agosto alterou de R\$ 80.555,50 para R\$ 2.820,00 e excluiu os débitos referentes aos meses de setembro a dezembro daquele exercício.

Quanto às alegações de erro no somatório, alegou que nada foi acrescentado ou provado, pois apesar do autuado ter juntado as notas fiscais, os valores da autuação foram confirmados, além do fato de que os valores oferecidos à tributação através dos DAE's, na maioria das vezes foram superiores ou ficaram próximos daqueles apurados através do somatório das notas fiscais.

Através de manifestação às fls. 145 a 151, o autuado apresentou aditamento à impugnação para tratar da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados pela autuante, quando asseverou que as mudanças efetivadas na infração 01 comprovavam os erros da autuante, que reconheceu na fl.130 que considerara *“apenas os valores destacados nas bobinas como vendas por cartão”*, sendo que as citadas bobinas referem-se à fita detalhe da redução Z do ECF.

Transcrevendo trecho da ementa correspondente ao Acórdão CJP nº 0184-11/05, na qual o relator afirmara que apenas a partir da publicação do Dec. 8.882 (21/01/04) é que se tornara obrigatória a indicação no cupom fiscal sobre o meio de pagamento adotado na operação ou prestação, argumentou que a autuante desconsiderara os fatos, por desconhecimento da legislação e da jurisprudência.

Alegou que não se pode negar a existência de saídas pagas através de cartão de crédito, para as quais foram emitidas notas fiscais de venda a consumidor, por defeito técnico do ECF, ficando confirmado o equívoco da autuante quando ela afirmou ter considerado como venda através de cartão de crédito as vendas efetuadas através de notas fiscais, quando restara comprovado que o ECF estivera em manutenção.

Afirmou que na apuração do montante de vendas para confronto com os dados informados pelas administradoras de cartão, devem ser considerados os valores correspondentes às notas fiscais de consumidor com os valores das reduções Z do ECF, procedimento não adotado pela autuante, quando refez o demonstrativo original, incorrendo em erro, por expurgar ilegalmente os valores relativos às notas fiscais de venda a consumidor, baseada no critério de que somente o somatório das reduções Z poderiam, em alguns meses, comprovar o extrato mensal das operações de vendas fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito.

Salientou que ao expurgar erradamente os valores das vendas através de notas fiscais de consumidor nos meses de março, junho e julho de 2003, bem como nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, a autuante majorou a base cálculo em relação aos dados registrados no Auto de Infração. Aduziu que essas cobranças são inexigíveis, por representarem adição do crédito tributário constante do lançamento original, o que conduz à nulidade do Auto de Infração, por dúvida e incerteza na identificação da infração e na determinação da possível base imponible.

Observou que nos meses de abril, maio e agosto a dezembro de 2003, a autuante considerou as vendas por notas fiscais e nenhum imposto foi apurado como devido, o que demonstra a alternância de critérios de interpretação e confirma os equívocos cometidos na diligência fiscal.

Em referência à infração 02, pediu o reconhecimento do laudo técnico acostado à fl. 53, e que seu conteúdo seja apreciado no julgamento deste processo. Requereu a aceitação das notas fiscais visadas pela fiscalização (fls. 49 a 52), como prova de impossibilidade de uso do ECF.

Argüiu que baseada na relação das notas fiscais que juntara à impugnação e nos talões de notas fiscais e fitas detalhe que entregara, a autuante dispôs de toda a documentação para efetuar a conferência, não podendo imputar culpa ao impugnante, sob a premissa de falta de apresentação de cópias de notas fiscais.

Propôs que se julgue o processo no estado em que se encontrava, aceitando os argumentos preliminares e de mérito da impugnação, que pedem a nulidade e ou improcedência da infração 02, ou, se ultrapassada, que se aceite a retificação da base de cálculo segundo valores que expressem a verdade material da sua capacidade contributiva, ou seja, o Anexo II (fls. 55 a 98).

Aduziu que existindo nos autos uma relação de notas fiscais emitidas, o silêncio da autuante deverá ser entendido como aceitação tácita da declaração do contribuinte, incorrendo em preclusão da oportunidade do fisco refutar o levantamento apresentado pelo autuado, já que tendo sido oferecidos os documentos necessários, a autuante não pode alegar dificuldade para realização da conferência. Requereu que não sendo aceita a prova que apresentou, que lhe sejam deferidos meios de prova para apuração da verdade real, especialmente através de diligência.

Disse que ao se recusar a retificar os seus próprios erros, a autuante propiciou a ocorrência de flagrante erro na determinação da base de cálculo da multa formal, não sendo cabível que o autuado seja penalizado com multa desproporcional ao seu movimento econômico. Com base no transcrito § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, requereu a redução ou o cancelamento da multa. Transcreveu as ementas referentes aos Acórdãos CJF 0198-12/05 e 0197-12/05, nos quais houve redução das penalidades inicialmente aplicadas.

Requereu que se ultrapassadas a nulidade invocada para a infração 02 e as razões de mérito, que sejam retificados os valores relativos aos meses de janeiro e março a novembro de 2003, além de junho e julho de 2004, para o valor de R\$ 18.253,50, conforme Anexo III (fl. 152). Reiterou as

razões de defesa já apresentadas, considerando que a revisão procedida pela autuante, atesta o cometimento de ilegalidade contra o impugnante. Protestou por todos os meios de prova, revisão fiscal, diligência e juntada de documentos e pareceres, inclusive em contra-prova.

A autuante prestou outra informação fiscal às fls. 156 a 160, argüindo que em relação à infração 01, o recibo constante da fl. 122 do PAF atesta que o autuado recebera os documentos que alegou não terem sido entregues. Quanto ao reconhecimento de erros expresso à fl. 130, afirmou que isso mostra o cuidado com que foi feito o lançamento.

Reiterou o posicionamento referente à infração 02, demonstrando novamente as deduções correspondentes aos períodos nos quais o equipamento ECF estivera em reparo e já efetivadas quando da realização da diligência.

Às fls. 165/166 o autuado se pronunciou, esclarecendo que os documentos que recebera através da intimação de fl.122, conforme extratos que anexou às fls. 168 a 191, se referiram ao Relatório de Informações TEF – Mensal, pedindo aos julgadores que apreciem se tais informativos atendem ao princípio da ampla defesa e do contraditório, já que não oferecem condições de análise de cada operação, nem servem para conferência com seus registros.

Assim, em respeito à igualdade das partes litigantes, pediu o prosseguimento do processo no estado que se encontrava, por entender ter ocorrido a preclusão da oportunidade da autuante trazer aos autos novos elementos justificadores da base de cálculo lançada no Auto de Infração e provar o fato constitutivo do imposto cobrado. Pugnou pelo acolhimento *in totum* de sua defesa.

Através de intimação de fl. 194, foi concedido o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que o autuado apresentasse demonstrativo cotejando as informadas prestadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, e a apresentar as notas fiscais D-1 emitidas, as reduções Z e os atestados de intervenção, referentes aos períodos nos quais o ECF estivera em manutenção nos exercícios de 2003 e 2004. Conforme recibo de fl. 195, o autuado recebeu os Relatórios de Informações TEF, contendo todas as operações individualizadas, informadas pelas entidades financeiras naqueles dois exercícios.

Às fls. 198 a 200 o autuado apresentou uma manifestação de inconformidade, asseverando que o procedimento adotado pela autuante através da intimação, está inadequado e inapropriado com o atual estágio do processo, conforme os artigos 41, inciso II, 46, e 138, § 1º do RPAF99, por ser ilegal a concessão do arbitrário prazo para atendimento pelo requerente.

Argüiu que após a impugnação seguiu-se a realização de revisão da fiscalização para atendimento a diligência, encerrando-se a oportunidade para a autoridade fiscalizadora juntar os elementos indispensáveis à fundamentação dos fatos apurados no Auto de Infração, restando precluso o direito do fisco. Acrescentou que havendo intempestividade por parte da autuante na juntada de provas e na entrega das cópias ao autuado, deveria ser reaberto o prazo de defesa.

Insurgiu-se contra a renovação da intimação de fl. 122, já que os talões de notas fiscais D-1, as fitas detalhe e os atestados de intervenção no ECF, além dos demonstrativos referentes às diferenças apontadas na autuação já haviam sido entregues à autuante, documentos esses suficientes para esclarecimento dos fatos.

Argüiu que a autuante não conferiu os demonstrativos de fls. 128/129. Alegou que após instaurada a fase litigiosa, a fiscalização não pode expedir intimações com caráter de obrigação acessória e com efeito de “revelia”. Argumentou, ainda, não ser possível prorrogar a fase probatória do fisco em juntar novos elementos constitutivos do lançamento de ofício, tendo-se esgotado a participação da autuante no atual estágio do processo, e que apenas a imparcialidade de um preposto fiscal estranho ao feito poderia trazer uma solução para as questões.

Assegurou que a autuante não pode exigir-lhe a elaboração de demonstrativo que cabe à fiscalização executar, não podendo, da mesma forma, sem uma justificativa plausível, solicitar que ele apresente documentação fiscal que já fora entregue anteriormente. Reiterou o pedido de igualdade das partes litigantes, com o prosseguimento do processo sem nova intervenção da autuante, considerando a preclusão de sua oportunidade de juntar novas peças ao processo.

Solicitou que o PAF fosse encaminhado à Junta de Julgamento para tomada de decisão quanto às questões pendentes na instrução do feito, bem como para a apreciação da impugnação e manifestações posteriores, observando o princípio do devido processo legal e da igualdade das partes. Protestou por revisão fiscal a ser efetuada por fiscal estranho ao feito.

Consta nova informação fiscal à fl. 204, quando a autuante ressaltou ter entregue novos relatórios contendo as informações individualizadas por operação, em decorrência dos mesmos somente há pouco tempo terem sido disponibilizados nos sistemas da SEFAZ. Contestou a desconformidade do sujeito passivo, arguindo ter-lhe sido concedida a oportunidade de defesa para que ele pudesse provar o quanto lhe é exigido.

Considerando que apenas nessa fase processual fora entregue ao autuado os Relatórios TEF contendo todas as operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras (fl. 195), quando lhe fora concedido o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, e tendo em vista que os mesmos são elementos básicos para que o autuado elabore a sua peça defensiva, e para que não se configure cerceamento ao seu direito de defesa, esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 211), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ IGUATEMI, para que fosse intimado o autuado, entregando-lhe, cópia da presente diligência, além de conceder-lhe um prazo de 30 (trinta) dias, para que apresentasse nova defesa, se assim o desejasse. Caso o autuado apresentasse nova defesa, a autuante deveria prestar nova informação fiscal.

Cientificado quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o autuado se manifestou às fls. 218/219, requerendo a desconsideração da diligência, com o encaminhamento do processo para julgamento, sem que a autuante prestasse nova informação fiscal, considerando que a petição trata apenas de incidentes processuais da instrução do feito pela JJF, não representando nova defesa de mérito.

Esclareceu que a manifestação se prestava a mostrar a sua desconformidade com a eternização do processo, com sucessivas defesas e diligências, por já estar configurada a preclusão de apresentação de elementos de prova pelo fisco. Pediu que fossem expurgados do processo os Relatórios TEF – Operações que fizeram parte da nova intimação, por terem sido exibidos a destempo, devendo ser julgado o feito com base em sua impugnação e manifestações posteriores, principalmente aquela apresentada em janeiro de 2006, por não conter pedido de reabertura do prazo de defesa, como parece que se tentou compreender, explicando que ao citar a necessidade de reabertura do prazo de defesa, sua intenção estava voltada apenas para a necessidade de correção dos vícios da autuação.

Requeru que o processo fosse julgado considerando as questões processuais relativas à instrução do feito, vícios insanáveis e preclusão, a apreciação da impugnação e posteriores manifestações.

O PAF foi encaminhado à autuante que, à fl. 223, concordou com o pleito do sujeito passivo, no sentido de que o processo seja julgado no estado em que se encontra.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS do autuado por ter omitido saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de

crédito e aplica multa pela emissão de outro documento fiscal em lugar do decorrente do uso do ECF nas situações em que estava obrigado.

O autuado suscitou a nulidade da infração 01, por não terem sido entregues os demonstrativos específicos de apuração de cada operação, cerceando o seu direito de defesa, e da infração 02, por erro de tipificação, com o enquadramento incorreto do fato descrito com a norma infringida, além de ter requerido a realização de diligência para apuração dos fatos alegados.

Saliento que em relação à infração 01, tendo sido observado que não constava dos autos que o autuado tivesse recebido cópia dos Relatórios de Informações TEF – Operações, contendo todas as suas operações informadas de forma individualizada pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito, no período fiscalizado, esta 1ª JJF deliberou pela realização de diligências, tendo sido encaminhado o processo para a INFAZ IGUATEMI, a fim de que fossem fornecidos ao autuado os citados relatórios, intimando-o para elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las e apresentasse os documentos fiscais e os comprovantes de pagamentos embaixadores do demonstrativo solicitado. Também foi reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Assim, a possível falha processual foi sanada através dos procedimentos adotados através da referida diligência, o que afastou a alegação de cerceamento ao direito de defesa.

Quanto à argumentação de que a tipificação da infração 02 não coincide com o seu enquadramento, o que impossibilitaria ao autuado elaborar a sua defesa, 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/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 e identifica o infrator, assim como apresenta os percentuais da multa aplicada. Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos II e IV, “a” e 39, inciso III, do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares argüidas, considerando terem sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

O contribuinte alegou também, que a multa aplicada tem caráter confiscatório e é inconstitucional. Observo que as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96 e que este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado, de acordo com o art. 167, inciso I, do RPAF/99. Quanto à solicitação de redução ou cancelamento da multa aplicada, nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, entendo que não deve ser atendida, considerando ter ficado comprovado o cometimento da infração.

No que se refere à preclusão, aventada pelo sujeito passivo, observo que os alegados transtornos decorrentes das idas e vindas do processo, no que se refere às duas diligências determinadas por esta 1ª JJF, o seu objetivo era alcançar a verdade material e proteger os direitos do autuado, o que somente poderia ser alcançado através das diligências realizadas. Saliento que, inclusive, as diligências se prestaram também a atender pleitos reiterados do autuado, quanto à entrega dos

documentos que lhe possibilitassem exercer a ampla defesa, bem como ser reaberto o seu prazo de defesa. Para melhor elucidar a questão, transcrevo o art. 138, § 1º, do RPAF/99:

“Art. 138. Uma vez analisados os autos, concluindo-se que não há ou que já foram sanadas possíveis dúvidas, falhas ou pendências, o relator emitirá despacho sucinto em que declare estar concluída a instrução, remetendo o processo à Secretaria do Conselho para ser incluído em pauta de julgamento.

§ 1º Sempre que, a critério do relator, houver necessidade de conceder vista, reabrir prazo de defesa ou determinar a realização de diligência ou perícia, deverá a autoridade julgadora elaborar despacho fundamentado, para submeter à discussão quanto à providência cabível em sessão da Junta ou Câmara, devolvendo o processo à Secretaria do Conselho no prazo previsto para a instrução.”

Observo, no entanto, que apesar de ter sido entregue toda a documentação necessária à elaboração de sua peça defensiva e tendo sido reaberto o seu prazo de defesa, conforme determinado na diligência, o sujeito passivo deixou de atender ao solicitado, não apresentando nova impugnação, o que tornou prejudicada a conclusão da diligência por ele próprio requerida, no sentido de verificar se procediam ou não os argumentos apresentados em suas manifestações.

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 referidas instituições, 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.”

Verifico que na revisão a autuante, de forma equivocada, ao tomar por base as notas fiscais e os cupons fiscais reapresentados pelo sujeito passivo, modificou o demonstrativo comparativo entre as vendas com pagamentos através de cartão de crédito com as informações das administradoras de cartões, excluindo, quando da informação fiscal, os valores das notas fiscais em que ficou comprovado que o equipamento ECF naquele período de encontrava em condições de uso, entendendo que essas operações não foram realizadas através de cartão de crédito/débito, sem nenhuma comprovação, modificando dessa forma para mais o valor inicialmente demonstrado. Ante o acima exposto, mantenho esta infração no valor originalmente cobrado, haja vista não haver por parte do autuado a comprovação do lançamento, mesmo tendo tido a oportunidade com o recebimento dos Relatórios TEF Operações e com a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

No tocante à 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, “h” estabelece multa específica de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do ECF nas situações em que está obrigado.

No que se refere à alegação de que somente a partir de 21/01/04 é que se tornara obrigatória a indicação no cupom fiscal sobre o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada, informo que ocorreu aí um equívoco, haja vista que o Dec. 8.882 apenas revogou o inciso I, do § 1º, do art. 824-B, do RICMS/97, conforme se vê abaixo, não implicando em nenhuma modificação no tocante à referida exigência normativa:

“Art. 824-B.

§ 1º Somente a partir das datas a seguir especificadas, estarão obrigados a utilizar o ECF:

I - revogado

Nota: O inciso I, do § 1º do art. 824-B foi revogado pela Alteração nº 51 (Decreto nº 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04).

Redação anterior dada ao inciso I, tendo sido acrescentado ao §1º art. 824-B pela Alteração nº 16 (Decreto nº 7759 de 23/02/00, DOE de 24/02/00):

“I - os contribuintes enquadrados no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição Microempresa cuja receita bruta ajustada seja, para efeitos de definição do valor mensal do imposto a pagar igual ou inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a partir de 1º de janeiro de 2004;”

Acrescento que tal situação seria válida apenas se o equipamento ECF não dispusesse do identificador da forma de pagamento na operação.

Ressalto que o laudo acostado pela defesa à fl. 53 não pode ser aceito para fins de dedução dos montantes da multa apurada, tendo em vista que o referido documento não relaciona outros períodos nos quais o equipamento ECF estivera sob intervenção, além daqueles comprovados através dos atestados anexados às fls. 125 a 127, que, inclusive, foram aceitos pela autuante.

Quanto à alegação de que o fato da fiscalização ter visado algumas notas fiscais emitidas pelo autuado significaria aceitação de sua emissão em substituição ao uso do equipamento ECF, ressalto que a aposição de vistos nas notas fiscais de venda a consumidor é um procedimento regular da fiscalização durante os procedimentos de auditoria de caixa, o que não caracteriza que a sua reiterada emissão nas situações em que o autuado estava obrigado a emitir cupons fiscais, venha a ser considerado como correta.

Em relação à infração 02 constato que na peça de impugnação o autuado trouxe ao processo planilha indicando documento a documento, as datas, os números das notas fiscais série D-1 e os valores das operações, totalizando mês a mês os valores das operações de saídas de mercadorias, nos quais foram emitidas as notas fiscais, bem como apresentou quadro demonstrativo totalizando por mês e por exercício tais valores (documentos às fls. 54 a 98 dos autos).

Tendo a autuante recebido os talonários correspondentes aos documentos relacionados na referida planilha, no entanto, na informação fiscal silenciou quanto ao fato. Posteriormente, ao se

manifestar nos autos, por ter o autuado comprovado que em alguns períodos fiscalizados, o equipamento ECF se encontrava sob intervenção técnica, procedeu à exclusão dos valores referentes aos períodos comprovados, sem levar em conta as planilhas apresentadas pelo autuado, onde demonstrava equívocos no tocante ao somatório dos documentos fiscais em cada período.

Assim, deve ser considerado, na presente situação, como valores de vendas realizadas através da emissão de notas fiscais D-1 aquelas apontadas pelo autuado (fl. 54), excluindo do seu total os valores correspondentes nas quais as mesmas foram emitidas em virtude de impossibilidade de uso do ECF (conforme atestados de intervenção), para do resultado ser aplicado o percentual de 5% para apuração da multa devida, conforme demonstro abaixo:

MÊS/ANO	ICMS DEVIDO (R\$)	MÊS/ANO	ICMS DEVIDO (R\$)
01/2003	720,15	01/2004	55,30
02/2003	614,50	02/2004	723,90
03/2003	516,90	03/2004	919,10
04/2003	1.476,40	04/2004	337,75
05/2003	516,50	05/2004	405,70
06/2003	115,50	06/2004	1.855,93
07/2003	380,55	07/2004	1.728,07
08/2003	976,70	08/2004	141,00
09/2003	1.701,30	09/2004	-
10/2003	2.673,00	10/2004	-
11/2003	2.395,25	11/2004	-
12/2003	-	12/2004	-
TOTAL 2003	12.086,75	TOTAL 2004	6.166,75

Deste modo, esta infração é parcialmente procedente, restando um débito de R\$ 18.253,50.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102104.0023/05-0**, lavrado contra **JÓIAS MUNDI LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.955,85**, 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\$ 18.253,50**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR