

PROCESSO - A. I. Nº 178891.0009/05-1
RECORRENTE - PITTA COSTA COMÉRCIO LTDA. (VIA LUMINI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0415-01/06
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 19/07/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0253-12/07

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valores inferiores àqueles informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Revisão fiscal reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM SUBSTITUIÇÃO AO EMITIDO ATRAVÉS DE EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. O contribuinte usuário de ECF que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento, está sujeito a penalidade correspondente a 5% sobre o valor da operação. Apresentação de Atestados de Intervenção pelo sujeito passivo elide parcialmente a imputação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o do relator em relação ao item 1. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide, que foi lavrado em 30/06/2005, atribui ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através do levantamento das vendas com pagamentos realizados através de cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão, nos meses de maio a dezembro de 2003, maio, julho e setembro de 2004, exigindo imposto no valor de R\$ 4.461,36, acrescido da multa de 70%;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente da utilização de ECF, em situações nas quais está obrigado, nos meses de dezembro de 2003, janeiro a abril e setembro a dezembro de 2004, com aplicação da multa de 5% sobre o valor das referidas saídas, o que implicou no valor de R\$ 3.198,96.

O autuado apresentou impugnação às fls. 42 a 46, alegando, em relação à primeira infração, que as diferenças apuradas no confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e o levantamento realizado pelo autuante decorreram do desaparecimento de três talões de Notas Fiscais, numerados de 1.451 a 1.600, fato que só tomou conhecimento durante a ação fiscal. Acrescentou que as DME's dos exercícios de 2003 e 2004, informadas à Secretaria da

Fazenda, apresentam faturamentos superiores àqueles repassados pelas administradoras de cartões de crédito, o que demonstra a sua boa fé perante o fisco estadual e que se os talonários citados não houvessem desaparecido os valores coincidiriam. Enfatizou que se pretendesse sonegar imposto não teria fornecido informações corretas à SEFAZ, através das DME's.

No tocante à segunda infração, afirmou que a falta de emissão de cupom fiscal em alguns períodos de 2004 decorreu do fato do equipamento ECF ter ficado na maior parte do tempo em manutenção, em decorrência de problemas técnicos, acostando documentos às fls. 47 a 53, para corroborar seus argumentos. Disse que a partir do mês de agosto de 2004 a referida máquina deixou de funcionar definitivamente, em razão do fabricante não dispor de uma peça de reposição (teclado MTY). Reiterou que não descumpriu a legislação estadual, tendo emitido notas fiscais apenas em decorrência do problema técnico ocorrido no equipamento.

Esclareceu que não está obrigado ao uso do equipamento ECF, pelo fato de apresentar receita anual de R\$ 80.035,65, valor este abaixo do limite previsto no art. 824-B do RICMS/BA.

Asseverou que ao emitir notas fiscais em substituição aos cupons, estava amparado pelo próprio Dec. 6.284/97, que prevê essa hipótese quando o contribuinte não dispuser do equipamento emissor de cupom fiscal. Alegou dificuldades financeiras devido ao baixo faturamento da empresa, acrescentando que tão logo o equipamento seja liberado pela assistência técnica, será disponibilizado no estabelecimento.

Requereu, ao final, o arquivamento do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal prestada à fl. 60, afirmou que as diferenças apuradas na infração 1 são decorrentes do confronto entre as vendas em ECF's somadas às vendas através de notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e os valores fornecidos pelas operadoras de cartões. Quanto à infração 2, disse ser a mesma decorrente das vendas com notas fiscais, sem a correspondente anexação das vias dos cupons, como prevê a legislação.

Avaliou que com a apresentação pela defesa, da comprovação de intervenção em ECF's, o processo deve ser encaminhado a este CONSEF para apreciação, colocando-se à disposição para apresentação de esclarecimentos ou recomposição dos cálculos.

Considerando não constar no processo a comprovação de que o autuado houvesse recebido 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, de acordo com o disposto no § 3º do art. 824-E do RICMS/97, nas operações em que o autuado recebesse pagamentos através de cartão de crédito ou de débito, deveria informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o mesmo não fosse impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se fosse o caso, do número sequencial do equipamento no estabelecimento, esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 66), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ BONOCÔ, para que o autuante, ou outro auditor fiscal a ser designado, adotasse as seguintes providências:

- 1) Fornecesse ao autuado, 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 respectivos exercícios, e a apresentar as notas fiscais D-1 emitidas e as reduções Z referentes aos exercícios citados;
- 3) Caso o autuado atendesse a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos de débito em relação aos valores não comprovados.

Em seguida, deveria ser entregue 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 ao autuante.

Através de Intimação constante à fl. 144 foram entregues ao autuado os Relatórios Diários de Operações TEF (fls. 69 a 143), ao tempo em que o mesmo foi intimado a apresentar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-los, além de apresentar as notas fiscais D1 emitidas e as Reduções Z, referentes aos exercícios de 2003 e 2004.

Em atendimento à intimação supra, o autuado se manifestou às fls. 147 a 151, quando apresentou demonstrativos referentes aos exercícios solicitados, contendo os dados relativos aos cartões de crédito, às Reduções Z e às notas fiscais emitidas, além de fazer juntada ao PAF de dez talonários de notas fiscais D-1 e fitas de redução Z.

Observou que a diferença registrada no exercício de 2003 decorreu do desaparecimento das notas fiscais do estabelecimento. Disse que o faturamento informado à Secretaria da Fazenda através da DME foi de R\$ 141.074,88, valor muito superior àquele repassado pelas administradoras de cartões. Acrescentou que ter dado saída de todas as vendas do estabelecimento, tanto aquelas realizadas através de cartões de crédito, como com dinheiro e cheques.

Reprisou que as Notas Fiscais 1.451 a 1.600 haviam desaparecido, informando que naquele exercício três funcionárias ajuizaram questões trabalhistas contra sua empresa, podendo alguma delas ter se apropriado das referidas notas fiscais, no intuito de prejudicá-lo.

Em relação ao exercício de 2004 argumentou que no mês de maio não foi emitida nenhuma nota fiscal em virtude do equipamento fiscal encontrar-se em manutenção, enquanto que o talonário de notas fiscais houvera terminado, o que o levou a solicitar novos talões à Secretaria da Fazenda, não logrando êxito devido ao cancelamento de sua inscrição estadual. Ressaltou que as notas fiscais que não foram retiradas no mês de maio, o foram no mês de junho. Reiterou as alegações apresentadas na defesa inicial em referência à peça MTY do equipamento ECF.

Ao tomar ciência da juntada efetuada pelo contribuinte, o autuante encaminhou o PAF ao CONSEF (fl. 156), para que fossem apreciadas as alegações do autuado.

Considerando não haver evidências no processo de que o autuante tenha se baseado na documentação e nos demonstrativos apresentados pelo autuado nas fases de impugnação, esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 160), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ BONOCÔ, para que fosse designado que o autuante procedesse à devida análise dos argumentos e documentos apresentados pelo autuado (dez talões de notas fiscais D-1, quinze rolos de Leituras Z e demonstrativos), além dos comprovantes de intervenção em equipamentos ECF, fazendo as adequações pertinentes no levantamento fiscal e elaborando, se fosse o caso, novo demonstrativo 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 autuante. Naquela oportunidade deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da diligência. Caso houvesse manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

O autuante informou à fl. 162 que atendendo à orientação deste Conselho, refez as planilhas de cálculo e elaborou novo demonstrativo de crédito, baseado na documentação apresentada na defesa. Através da Planilha de Apuração Mensal, acostada à fl. 163 o valor do débito referente à infração 1 foi alterado de R\$ 4.461,36 para R\$ 4.371,47, com base nas Planilhas dos Lançamentos das Fitas de Redução Z (fls. 164 a 176) e Planilhas de Lançamento das Notas Fiscais (fls. 177 a 185). No Demonstrativo de Débito (fl. 186) é informado o valor total apurado, que mostra que a infração 2 foi modificada de R\$ 3.198,96 para R\$ 3.211,35.

Tendo sido intimado (fl. 188) para tomar ciência da informação fiscal e dos novos papéis de trabalho elaborados pelo autuante, o sujeito passivo apresentou manifestação às fls. 190 a 192, quando observou que estava fazendo a entrega das Reduções Z (fls. 194 a 279) e dos talões de

notas fiscais (fls. 287 a 336), para serem analisadas pelo autuante. Ressaltou que a documentação ora acostada diverge da planilha elaborada pelo Auditor Fiscal, em relação aos valores, conforme passou a demonstrar, de acordo com as provas em anexo.

Argüiu estar entregando toda a documentação pela segunda vez, com as devidas reduções numeradas de 001 a 226, além de um talão de notas fiscais que fora localizado, numerado de 1.551 a 1.600. Acrescentou ter inserido nas Planilhas das Fitas de Redução Z, refeitas pelo autuante, os valores que entende serem os reais de cada redução, demonstrando as diferenças apontadas na planilha de cálculo, tendo encontrado diferenças de valores em quase todos os dias do período (fls. 280 a 286).

Em seguida, o autuado relacionou os valores apurados com base na documentação apresentada, comparando-os com aqueles levantados pelo autuante, informando as diferenças correspondentes a cada mês do período autuado, argüindo que o lançamento foi feito de forma equivocada. Salientou que nos meses de agosto e outubro de 2003 a diferença decorreu do desaparecimento dos talões de notas fiscais do estabelecimento. Requeru a aceitação de sua defesa, já que esclareceria os equívocos existentes no Auto de Infração.

Em informação fiscal prestada à fl. 361, o autuante afirmou ter refeito as planilhas de cálculo e o Demonstrativo de Crédito, baseando-se na documentação acostada pela defesa, apesar de considerar essa apresentação extemporânea. As novas planilhas encontram-se às fls. 338 a 360.

Salientou que em relação à infração 1 houve alteração nos valores referentes aos meses de novembro de 2003, que passou para R\$ 100,79 e de dezembro de 2003, que passou para o montante de R\$ 384,06. Enquanto isso, na infração 0, os valores dos débitos desses dois meses passaram respectivamente para R\$ 122,64 e R\$ 281,57. Nos demais meses os valores dos débitos permaneceram inalterados.

Ao tomar ciência (fl. 362) da revisão procedida pelo autuante, o impugnante se manifestou às fls. 365 a 369, asseverando que já providenciara a entrega dos talonários de notas fiscais extraviados, não tendo sido encontrado apenas numerado de 1.501 a 1.550, e que, entretanto, vem tomando providências no sentido de localizá-lo. Aduziu que o autuante modificara a infração 02, alterando os valores relativos aos meses de novembro e dezembro de 2003, observando que esses meses não faziam parte do lançamento original, gerando a necessidade de revisão dos cálculos.

Ressaltou que a DME do exercício de 2003 refere-se a um faturamento de R\$ 141.074,88, enquanto que a de 2004 apresenta o faturamento de R\$ 80.035,65, valores bem superiores aos informados pelas administradoras de cartões, que foram respectivamente de R\$ 65.243,56 e R\$ 54.212,28, entendendo que os talonários desaparecidos suprem as diferenças entre esses valores.

No que concerne à infração 2, argumentou que a mesma não tem pertinência, pois a falta de emissão do cupom fiscal em poucos períodos do exercício de 2004 se deveu ao fato do equipamento ECF ter ficado a maior parte do tempo em manutenção, devido a problemas técnicos. Frisou que a partir do mês de agosto daquele exercício o equipamento deixou de funcionar definitivamente, por falta de uma peça de reposição, impossibilitando o seu uso.

Argüiu que entrega regularmente aos consumidores as notas fiscais relativas às vendas efetuadas, não descumprindo, dessa forma, o Dec. 6.284/97, que facilita ao contribuinte emitir notas fiscais em substituição ao cupom fiscal, não podendo ser penalizado por cumprir a lei que determina que nos casos de inexistência do equipamento ECF, sejam emitidas notas fiscais.

Através do Acórdão JJF n.º 0415-01/06, decidiu a 1.ª Junta de Julgamento Fiscal, quanto às infrações objeto de Recurso Voluntário, que:

a) no que tange à preliminar de nulidade da infração 1, ressaltou, inicialmente, “*que não há pertinência com o caso da lide, desde quando a autuação decorreu do desencontro entre os valores repassados pelas administradoras de cartões, concernentes às vendas efetivadas pelo impugnante através de cartões de crédito/débito e os dados coletados através da análise das Reduções Z do equipamento de controle fiscal de seu estabelecimento*”;

- b) quanto à preliminar de nulidade da infração 2, salientou que “conforme demonstrarei adiante, os documentos acostados ao PAF que comprovam a ocorrência de problemas técnicos no equipamento serão devidamente considerados”, bem assim que “em relação à afirmação de que não estaria obrigado ao uso do citado equipamento, esclareço que de acordo com o inciso I, do § 1º, do art. 824-B, do RICMS/97, a dispensa referida correspondia aos contribuintes que apresentassem uma Receita Bruta Ajustada inferior a R\$ 60.000,00, o que não era o caso do impugnante”, tendo sido o referido dispositivo revogado em 20/01/2004, através do Decreto n.º 8.882;
- c) “o autuante elaborou novas planilhas, além de demonstrativo de débito, quando considerou tanto os talonários de notas fiscais série D-1 anteriormente apresentados, como o único talão acostado pela defesa através de cópias reprográficas, dentre aqueles que alegara terem sido extraviados”, verificando, ainda, que “de forma acertada, o autuante não acatou as argumentações defensivas de que dentre os lançamentos constantes da Planilha das Fitas de Redução Z, não teriam sido contemplados alguns valores constantes das referidas reduções, haja vista que os citados valores se referem a pagamentos efetuados a dinheiro e através de cheques, não se constituindo, desse modo, em vendas por meio de cartões de crédito/débito”; concordou “com os dados constantes da nova planilha apresentada pelo autuante em relação à infração 01, ressalvando apenas que em relação ao mês de setembro de 2004, como ocorreu uma majoração no valor do débito originalmente apurado, a diferença a maior não pode ser exigida através do Auto de Infração em lide, devendo ser objeto de nova ação fiscal, a salvo de falhas, a ser determinada pela autoridade competente, tendo em vista o disposto no art. 156 do RPAF/99”, pelo que a infração 1 foi julgada parcialmente procedente no valor de R\$ 3.721,85, à luz do Demonstrativo de Débito abaixo indicado:

Data de ocorrência	Valor Histórico (R\$)	Valor julgado (R\$)
31/05/2003	242,21	242,21
30/06/2003	418,30	418,30
31/07/2003	565,59	490,08
31/08/2003	496,19	496,19
30/09/2003	415,74	415,74
31/10/2003	312,26	312,26
30/11/2003	321,55	100,79
31/12/2003	817,41	384,06
31/01/2004	37,21	31,81
31/05/2004	519,97	519,97
31/07/2004	305,52	301,03
30/09/2004	9,41	9,41
TOTAL	4.461,36	3.721,85

- a) com relação ao mérito da infração 2, asseverou que “apesar de levar em consideração os dados relativos ao novo talonário de notas fiscais apresentado, o que gerou acréscimos nos valores dos débitos referentes a alguns meses do período, o autuante deixou de observar as comprovações acostadas pelo impugnante, no que se refere às ocasiões nas quais o equipamento ECF esteve inoperante em decorrência de problemas técnicos”, ressaltando que, “também neste caso, ocorreu majoração em relação a alguns meses em comparação com os valores originalmente apurados, caso em que as diferenças a maior porventura a ser exigidas deverão ser objeto de nova ação fiscal, a salvo de falha”; esclareceu, ainda, que “tais fatos ocorreram no mês de novembro de 2003, em relação ao qual foi apurado um débito, enquanto que no levantamento original não fora apurado nenhum valor; já em dezembro de 2003, janeiro, junho e julho de 2004 foram encontrados débitos em montantes superiores aos originais”; por fim, constatou, em relação aos Atestados de Intervenção, que “os documentos apresentados pelo sujeito passivo comprovam que nos períodos de 25 de março a 01 de abril de 2004, de 19 a 30 de agosto de 2004 e de 07 de outubro de 2004 a 27 de janeiro de 2005 o ECF estivera desativado, devido a problemas técnicos, o que confirma parcialmente as alegações defensivas, conduzindo-me a refazer o Demonstrativo de Débito desta infração, que resta parcialmente procedente no valor de R\$ 1.802,54”, conforme Demonstrativo de Débito abaixo indicado:

Data de ocorrência	Valor Histórico (R\$)	Valor julgado (R\$)
31/12/2003	40,82	40,82
31/01/2004	160,61	160,61
29/02/2004	389,60	389,60
31/03/2004	291,60	178,94
30/04/2004	326,57	323,13
30/06/2004	373,64	373,64
31/07/2004	3,85	3,85
31/08/2004	245,87	124,47
30/09/2004	207,37	201,90
31/10/2004	231,92	5,58
30/11/2004	236,82	0,00
31/12/2004	690,29	0,00
TOTAL	3.198,96	1.802,54

a) salientou, ao final, “que os dez talonários de notas fiscais avulsas, assim como os quinze rolos de fita detalhe que se encontram anexados aos autos, devem ser desentranhados do PAF, para que sejam devolvidos ao contribuinte, através de recibo específico”.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa os argumentos defensivos suscitados em sua peça defensiva. Acrescenta, quanto à infração 1, que a confrontação dos valores objeto da presente autuação deve levar em consideração não apenas as Reduções Z, mas também as cópias dos talões já devidamente anexados ao presente processo administrativo, com exceção de apenas um, conforme já mencionado anteriormente, que ainda não foi localizado. Aduz que os valores emitidos nos talões de notas fiscais e reduções Z não se encontram em conformidade com os valores encontrados pelo autuante, merecendo uma nova revisão de cálculos em relação à infração 1, consoante se demonstra no documento novamente anexado e que não foi considerado. Quanto a infração 2, assevera que a utilização dos talões de nota fiscal supre, em absoluto, a falta do equipamento, não gerando prejuízo para qualquer das partes, colacionando em anexo os talões para comprovar as suas alegações. Salienta que a Junta de Julgamento incorreu em equívoco, uma vez que o ECF também estava em manutenção no mês de junho de 2004, justificando a emissão de notas fiscais por meio do talão. Ressalta que, como se depreende da planilha comparativa de vendas elaboradas pelo autuante, o mês de junho possui apenas R\$ 2.023,40 apurados através da Redução Z, ao passo que possui R\$ 7.652,40 apuradas em notas fiscais, restando patente que as alegações do autuado são de fato verdadeiras. Pugna pelo provimento do Recurso, a fim de que seja recalculado o débito objeto da presente autuação, arquivando-se o presente processo.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito do presente PAF, asseverando, inicialmente quanto à infração 1, que caberia ao recorrente demonstrar a existência de impropriedades que, cometidas na elaboração dos levantamentos fiscais, acarretaram a alegada desconformidade entre os valores apurados na Redução Z e nas Notas Fiscais e aqueles indicados pelo autuante. Aduz que deveria o recorrente ter apontado os erros e incorreções que justificassem a nova revisão solicitada, o que não ocorreu. Ressalta, quanto à alegação do talonário desaparecido, que o recorrente não a comprova, não desincumbindo do ônus probatório que lhe competia. No que se refere à infração 2, gizou que o julgamento primitivo já promoveu as devidas exclusões da multa pela falta de emissão de documento diverso do ECF, relativamente àqueles períodos em que o equipamento encontrava-se comprovadamente em manutenção. Acrescenta que, de referência aos demais períodos, o recorrente não demonstrou a existência de problemas técnicos no equipamento, ressaltando que o documento carreado juntamente com o Recurso Voluntário (fl. 582), igualmente não se presta a tal finalidade, uma vez que não indica por quanto tempo o equipamento esteve sem condições de uso. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCIDO

Merece parcial reforma a Decisão recorrida.

No que se refere à infração 1, verifico que parte do período objeto da presente autuação se refere a meses anteriores a janeiro de 2004, a partir de quando passou o contribuinte a estar obrigado a identificar o tipo de venda realizado no seu ECF, à luz do quanto disposto na Alteração n.º 51, de 20/01/2004.

Nesse sentido, invoco o teor do Voto do ilustre Conselheiro Ciro Roberto Seifert, proferido, por unanimidade, através do Acórdão nº 0139-11/05, da lavra da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, a seguir reproduzido:

“Trata o Auto de Infração da exigência de imposto em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas tributáveis, apurada através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, arrimado no que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, porque a situação de fato jamais se verificou, pois em nenhum momento os valores das vendas efetuadas foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, conforme se pode verificar pela simples análise dos valores das saídas registradas nas DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS).

Bem, se isso de fato ocorreu, não seria caso de nulidade, mas sim de improcedência, posto que o lançamento ocorreu seguindo todos os ditames legais previstos no RPAF, na Lei nº 7.014/96 e RICMS/97.

Apreciarei, então, esta alegação como sendo de mérito.

Quanto à tabela comparativa elaborada pelo recorrente (fl. 74) para comprovar o que afirmou, vejo que não há necessidade de sua avaliação pela Assessoria Técnica deste Colegiado, pois me sinto apto a entendê-la, sem que haja pronunciamento de estranho ao feito, e por este motivo indefiro a realização de qualquer diligência, com esteio no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Reza o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 que o fato de a escrituração indicar, entre outros, declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O recorrente sustenta a tese de que os valores das suas vendas não foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, e que muitas delas foram registradas como vendas a vista, sem qualquer prejuízo ao Estado.

Esta tese não foi acatada pela 1ª JJJ, tendo o relator da Decisão recorrida se pronunciado da seguinte forma: “Quanto à alegação de que as vendas por cartão foram registradas como à vista, o autuado não apresentou nenhuma prova de tal fato, pelo qual estaria descumprindo as normas legais vigentes, em especial o art. 238, §7º do RICMS/97 e as cláusulas décima sexta e décima sétima e o inciso X da cláusula trigésima oitava do Convênio ICMS 85/01. Considerando que, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, entendo que a infração é subsistente.”

Vislumbro alguns equívocos nesta conclusão.

De logo, deve ser descartada a menção ao Convênio ICMS nº 85/01, pois este tipo de norma legal só produz efeitos nas operações interestaduais (realizadas entre dois ou mais entes federativos).

Para as operações internas, as regras devem ser referendadas mediante a edição de Decreto Estadual, e, por incrível que pareça, o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração nº 51 a este Regulamento (Decreto nº 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04), e só a

partir desta data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Também examinei o Decreto n.º 7636/99, que disciplinava o uso de ECF antes do RICMS o fazê-lo, e lá nada encontrei que previsse tal obrigação.

Os autuantes partiram do cupom redução em “Z”, dado “venda em cartão de crédito/débito”, para efetuar o comparativo com o que fora informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito, e, ao encontrarem diferenças, aplicaram o que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei n.º 7.014/96, para utilizar a presunção legal da ocorrência de omissões de saídas tributáveis.

Porém, como já dito, apenas a partir de 21-01-2004, o contribuinte passou a ser obrigado a registrar o meio de pagamento, no encerramento das vendas realizadas através de ECF. A contrário senso, vale dizer que até aquela data não existia tal obrigação.

Assim, concluo que os autuantes utilizaram uma base de dados – cupom redução “Z” – não fidedigna, para a comparação que realizaram, por ausência de previsão legal para a sua geração.

As únicas comparações possíveis, até a data mencionada, seriam os totais das vendas com os totais informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, ou operação a operação.

Portanto, entendo NULOS os valores lançados para o período de 2003 até janeiro de 2004 (porque o lançamento foi mensal), prevalecendo, somente, aqueles referentes aos meses de fevereiro e março de 2004, quando, em função da obrigatoriedade da identificação do meio de pagamento, no equipamento ECF, o ônus da prova passa a ser do contribuinte.

Quanto à proporcionalidade das operações tributadas com os totais das operações, solicitada pelo recorrente, esta não pode ser aplicada, porque a presunção legal é que, havendo divergência entre os valores lançados no ECF em comparação com os informados pelas administradoras, estes decorram de vendas de mercadorias tributáveis sem a emissão do respectivo documento fiscal, e o consequente pagamento do imposto.

Pelo que expus, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, mantendo, apenas, os valores referentes aos meses de fevereiro e março de 2004, e recomendo à autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, para que se apure possível diferença de imposto a ser lançada, para o período anterior, como preceitua o art. 21, do RPAF/99.”

Assim, no que concerne aos períodos anteriores a janeiro de 2004, inclusive, efetuo a exclusão dos mesmos da presente autuação, tendo em vista que não estava o recorrente obrigado, no referido período, a indicar a forma de venda na sua máquina emissora de cupom fiscal – ECF.

Quanto aos demais meses remanescentes da infração 1, comungo com o entendimento externado pelo julgador de Primeira Instância, o qual invoco como se aqui estivesse literalmente transscrito, e perfilhado no Parecer emitido pela Douta Procuradoria.

De fato, não logrou êxito o recorrente em demonstrar a existência de impropriedades que, cometidas na elaboração dos levantamentos fiscais, teriam acarretado a alegada desconformidade entre os valores apurados na Redução Z e nas Notas Fiscais e aqueles indicados pelo autuante. Logo, não tendo o recorrente apontado os erros e incorreções que justificassem a realização de nova revisão, deve ser mantida, no particular, a Decisão recorrida.

Outrossim, no que concerne à infração 2, entendo que o julgamento de Primeira Instância já promoveu as devidas exclusões da multa pela falta de emissão de documento diverso do ECF, relativamente àqueles períodos em que o equipamento encontrava-se comprovadamente em manutenção técnica. Daí porque, em relação aos demais períodos - especialmente o mês de junho de 2004, objeto de insurgência específica por parte do recorrente - o autuado quedou-se silente em comprovar a existência de problemas técnicos no equipamento, não tendo o documento

colacionado à fl. 582 o condão de fazer prova em favor do mesmo, posto que não indica por quanto tempo o equipamento esteve sem condições de uso.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, a fim de reduzir a infração 1 para o valor de R\$ 830,41, após as exclusões dos valores atinentes ao período anterior a fevereiro de 2004, mantendo integralmente a Decisão recorrida quanto à infração 2.

VOTO VENCEDOR

Acompanho o ilustre relator quanto à infração 2, porém divirjo em parte no que tange à infração 1, pois considero que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Ouso discordar do relator quando ele afirma que antes de janeiro de 2004 não havia a obrigatoriedade de o contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação, já que essa obrigação só foi introduzida com o advento da Alteração nº 51, de 20/01/04.

Efetivamente, foi com o advento da Alteração nº 51 do RICMS-BA que o § 7º foi adicionado ao art. 238 do RICMS-BA/97, sendo que essa modificação na legislação só entrou em vigor a partir de 21/01/04. Contudo, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicar, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05 não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Em face do comentado acima, comungo com o entendimento externado pela douta PGE/PROFIS, pois o recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento novo capaz de elidir a presunção legal que embasou a autuação e, por via de consequência, modificar a Decisão recorrida, a qual está correta e não merece nenhum reparo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 178891.0009/05-1, lavrado contra PITTA COSTA COMÉRCIO LTDA. (VIA LUMINI), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.721,85, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.802,54, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, representando à autoridade competente para determinar a realização de nova ação fiscal, a fim de apurar se restaram valores a serem exigidos do sujeito passivo.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Nelson Antonio Daiha Filho

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALLI BAHIA – REPR. PGE/PROFIS