

A. I. Nº - 269114.1203/04-0
AUTUADO - CORAIS SARGASSO MODA MASCULINA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 30/05/07

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-03/07

EMENTA: ICMS. 1. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Autuado comprova, através de Atestado de Intervenção Técnica, a ocorrência de sinistro no ECF em parte do período autuado, impossibilitando emissão de cupom fiscal. Infração elidida parcialmente. 2. 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 apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2004, refere-se à exigência de R\$30.925,27 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$2.794,22, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado. O contribuinte emitiu notas D-1 em diversas ocasiões em que estava obrigado a utilizar ECF, sem apresentar justificativa, sendo exigida a multa no valor de R\$2.794,22.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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. O contribuinte lançou valores de vendas no ECF referentes a cartões de crédito ou de débito inferiores aos informados pelas administradoras. Valor do débito: R\$30.719,49.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 29 a 41), inicialmente, salienta que o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2004, sendo dado conhecimento ao impugnante em 14/01/2005. Apresenta preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e diz que não obstante o desconhecimento da autuação, o Auto de Infração foi assinado pela prestadora de

serviço, sem procuração, portanto, sem legitimidade para o ato, o que não pode descharacterizar a nulidade requerida. Transcreve ensinamentos de Almiro do Couto Silva em relação à segurança jurídica, afirmando que, caso a tese de nulidade não seja aceita por este órgão julgador, passa a discutir as razões de mérito. Quanto à primeira infração, o defendant alega que desconhece os valores apontados pelo autuante em seu demonstrativo, uma vez que está apresentando uma planilha constando valores de recolhimento do ICMS superiores aos fornecidos pelo Fisco, descharacterizando a exigência fiscal, de acordo com o art. 2º do RICMS/97. O autuado salientou que na condição de empresa de pequeno porte, está dispensado de escrituração fiscal, e elaborou o demonstrativo que acostou à fl. 34 dos autos para comprovar a inexistência da omissão. Entende que não se pode concluir pela culpabilidade de alguém sem prova cabal da infração. Comenta sobre ensinamentos de Ives Gandra e sobre a Lei 7.357/98, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, transcrevendo os seus arts. 1º, 7º e 8º, assegurando que o intuito do legislador baiano era desafogar o peso tributário sobre o micro e pequeno empresário. O autuado argumenta, também, que tem enfrentado sérias dificuldades financeiras, conforme se pode constatar na última DME/2003 apresentada, e tem consciência de sua responsabilidade tributária perante a sociedade, sendo cumpridor de suas obrigações, tendo recolhido todo o ICMS devido, além do ICMS antecipação parcial em 2004. Diz que a dificuldade relatada reside no fato de a empresa atuar no ramo de vestuário de moda masculina classe A, tendo um público selecionado e exigente; está distante dos grandes centros da alta moda em Salvador, sendo obrigado a manter seu estoque sempre atual. Afirma que as suas vendas são efetuadas, basicamente, em cartão, cheques pré-datados e um crediário próprio, que está em descontinuidade. Por erros operacionais e desconhecimento no manuseio do ECF, só foram registradas duas formas de pagamento: “dinheiro” e “a prazo”, por isso, todas as vendas em cartão cheques, cheques pré-datados e crediário, foram registradas simplesmente como “a prazo”, e esporadicamente foi realizado o registro correto. Diz que o autuante não ponderou essa situação, e ainda, exigi a multa de 5% sobre todo o montante de Nota Fiscal D-1 emitida. Fala sobre ensinamentos de Ives Gandra; apresenta o entendimento de que há incoerência na atitude do Fisco, e assegura que não tem qualquer interesse em sonegar imposto, principalmente por estar enquadrado no SIMBAHIA. Reafirma que as receitas informadas nas DMEs de 2003 e 2004 representam todo o montante da receita auferida nos mencionados exercícios, tanto a vista como a prazo, e para que ainda não restem dúvidas, diz que acostou aos autos a lista dos comprovantes de vendas a cartão em que foram emitidas notas fiscais D-1, bem como lista dos comprovantes de vendas a cartão em que foram emitidos cupons fiscais, perfazendo um total de R\$337.845,14. Salienta que esse trabalho foi extenuante, devido à exigüidade do tempo e considerando que as administradoras não apresentaram os relatórios em tempo hábil, para a elaboração da defesa, sendo necessário fazer uma conferência manual entre as fitas detalhe e as notas fiscais D-1, com os comprovantes de venda a cartão. Diz que, como amostra, apresenta 194 cópias de algumas das transações efetuadas, tendo em vista que é operacionalmente impraticável anexar 3.282 documentos, estando à disposição do Fisco as notas fiscais D-1, as fitas detalhes e os respectivos comprovantes de vendas a cartão. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 356/357 dos autos, argumenta que o prestador de serviços contábeis do autuado possui a guarda dos livros e documentos fiscais e contábeis, e sempre agiu como se tivesse poderes concedidos pelo contribuinte para assinar documentos relativos aos procedimentos fiscais, como ocorreu na intimação fiscal, e somente agora o contribuinte alega falta de procuração do prestador de serviço. Quanto aos demonstrativos apresentados pelo autuado, apontando valores totais de vendas em cotejo com os totais informados pelas administradoras, diz que o autuado tenta distorcer os fatos, quando não discrimina as suas vendas realizadas através de cartão de débito ou de crédito, e que foram comparadas com as informações obtidas junto às administradoras. Comenta sobre o Regime SIMBAHIA e diz que em relação aos comprovantes de venda a cartão anexados pelo defendant, estes comprovam que houve vendas a cartão de crédito ou de débito, que não foram lançadas no

ECF. Salienta que o uso do talonário de notas fiscais D-1 pelos contribuintes usuários de ECF é previsto no RICMS-BA, e sua utilização fora daquelas situações previstas no mencionado Regulamento sujeita o contribuinte à multa, o que ocorreu. Assegura que, ao contrário do que afirmou o contribuinte, o procedimento fiscal foi totalmente objetivo e lastrado em informações colhidas na documentação fiscal e escrituração fiscal do próprio autuado. Pede a manutenção do presente lançamento.

Em pauta suplementar do dia 18/04/2005, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal deliberou encaminhar o presente processo à Infaz de origem, para que o autuante fornecesse ao autuado, mediante recibo, os Relatórios de Informações TEF, diário e por operações; intimasse o autuado a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito com os documentos fiscais emitidos; intimasse o autuado a apresentar os documentos fiscais e os comprovantes de pagamentos embasadores do demonstrativo solicitado anteriormente; que o autuante conferisse os demonstrativos apresentados pelo autuado, e deduzisse o crédito de 8%, previsto para os contribuintes do SIMBAHIA; em seguida, a Repartição Fazendária intimasse o autuado entregando-lhe, mediante recibo, cópia do resultado da diligência e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 434/435, esclarecendo que foi cumprido o determinado no encaminhamento da diligência fiscal, e no prazo estabelecido, o autuado entregou os arquivos e as seguintes planilhas referentes aos exercícios de 2003 e 2004: Comparação cartão Z Sargasso; Comparação Cartão – NF Sargasso; Planilha Sargasso 2003 e Planilha Sargasso 2004. Informa que analisou os arquivos entregues pelo defendant, chegando à conclusão de que o fato de os valores das vendas serem superiores aos das saídas através de cartão de débito/crédito, não significa que todas as operações foram incluídas nas vendas efetuadas. A comprovação deve ser feita com os documentos fiscais emitidos, e os arquivos efetivamente utilizados foram os dois últimos que contêm o cotejo das operações e dos documentos fiscais. Diz que foram considerados os valores coincidentes no cotejo entre as notas e cupons fiscais e as operações informadas pelas administradoras, sendo que os novos valores das saídas mensais através de cartão foram apurados, conforme demonstrativos às fls. 436 e 437. Por fim, solicita a manutenção de todas as infrações.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, o defendant apresentou nova manifestação (fls. 442/444), aduzindo que o sistema da SEFAZ é falho, e os valores mensais “não batem” com os valores diários, conforme tabela que elaborou à fl. 443. Entende que não se deve confiar num sistema que não confere e reafirma que registrava as vendas como “vendas a prazo”, não se preocupando em registrar separadamente, inclusive por falha do próprio sistema do ECF. Diz que é comum de cidades menores, diversas formas de pagamento para a mesma compra, a exemplo de cheque, cartão ou dinheiro, como explicado na impugnação inicial, e por isso, os valores não seriam coincidentes. Assegura que também é típico de cidades pequenas, efetuar uma venda e somente no dia seguinte ou no final de semana o cliente pagar a compra, e por isso, os valores diários não seriam coincidentes com os informados pelas administradoras, acontecendo um dia ser maior e outro menor, uma vez que 90% das vendas a cartão é isso que acontece. Salienta que foi informado em suas planilhas as diferenças apresentadas entre os cupons fiscais emitidos e os relatórios mensais e diários apurados pelo Fisco, que “não fecham” na soma, uma vez que os valores diários superam os valores mensais, conforme planilha que elaborou à fl. 444. Esclarece que a coluna “total a maior” representa o montante em que a empresa tirou documento fiscal a maior que o informado pelas administradoras de cartão; e a coluna “total a menor” representa o montante em que o total de documentos fiscais emitidos está inferior ao informado pelas administradoras. Finaliza, reconhecendo a diferença encontrada na apuração mensal, no valor de R\$16.056,60, e o débito no valor total de R\$1.445,09.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 449/450, aduzindo que o levantamento fiscal foi efetuado com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de

débito/crédito, que foi entregue ao autuado, que o analisou e não apontou nenhum erro nas operações indicadas, por isso, não procede a alegação de que é falho o sistema da SEFAZ. Diz que, se houve erro de cálculo do sistema, este erro não contaminou os relatórios apresentados em CD, acostado aos autos, porque foram baseados em operações diárias; a soma final foi realizada em planilha Excel, e em nenhum momento foi contestada, e alegar falha no sistema nada significa, uma vez que esse sistema foi escolhido pelo contribuinte e sua manutenção técnica ou sua troca por outro, é de exclusiva responsabilidade do autuado. Quanto às alegações do autuado em relação aos costumes observados em cidades menores, o autuante afirma que a legislação é única para todas as cidades, não fazendo qualquer referência a cidades “menores” ou “maiores”. Salienta que todos os cálculos foram demonstrados passo a passo, além da metodologia adotada e a contestação do autuado não faz qualquer referência aos novos demonstrativos, preferindo o defensor se referir ao sistema da SEFAZ, e repetir os argumentos apresentados na impugnação inicial. Diz que o autuado contesta a exigência fiscal, mas reconhece a diferença encontrada na apuração mensal, dizendo que essa diferença é que se aproxima da realidade, sem explicar que realidade seria essa. Por fim, o autuante pede a manutenção de todas as infrações apontadas, nos termos dos últimos demonstrativos acostados aos autos.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscita preliminar de nulidade, sob a alegação de que o Auto de Infração foi assinado pela prestadora de serviços contábeis, sem procuração, portanto, sem legitimidade para o ato. Entretanto, não acato a preliminar de nulidade apresentada pelo defensor, tendo em vista que de acordo com o art. 109 do RPAF-BA, considera-se efetivada a intimação do Auto de Infração, quando pessoal, na data da aposição da ciência pelo sujeito passivo, seu representante ou preposto, entendendo-se como preposto a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado (RPAF-BA, art. 3º, III), a exemplo do contador. Assim, a alegada imperfeição na ciência do Auto de Infração não implicou sua nulidade, e houve comparecimento espontâneo e tempestivo do autuado, que apresentou sua impugnação acerca dos fatos objeto da autuação. Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões defensivas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

No mérito, a primeira infração trata de exigência da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de Equipamento de Controle Fiscal (ECF), por ter emitido outro documento fiscal (Notas Fiscais de Venda a Consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado, referente aos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativo às fls. 15/25.

O autuado está inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, não foi dispensado pela legislação de usar ECF, sendo constatada emissão de Notas Fiscais D-1 em lugar do documento fiscal decorrente do uso de ECF.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

De acordo com os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238.

Constatou que a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas no RICMS-BA, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal.

Quanto às alegações do autuado, de que jamais deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS, apesar de ter emitido outro documento fiscal; e que em nenhum momento deixou de honrar suas obrigações fiscais, saliento que não está sendo exigido imposto, e sim a multa estabelecida na legislação, em decorrência da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de ECF, na situação em que está obrigado, estando esta irregularidade, devidamente caracterizada.

O autuado acostou ao presente processo dois comprovantes de intervenção técnica no ECF, ocorridas em 13/01/2004 (fl. 89) e 07/02/2004 (fl. 94), ficando comprovado nos autos que foram emitidas as Notas Fiscais de números 3702 (R\$175,00) e 3704 (R\$439,00) de 13/01/04, conforme relatório à fl. 398. Portanto, devem ser excluídos os mencionados valores da base de cálculo utilizada para apuração da multa exigida, haja vista que o caso de falta de emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas é previsto no RICMS-BA, conforme dispositivo reproduzido neste voto. Assim, o valor da multa exigida fica alterado conforme demonstrativo de débito a seguir. Mantida parcialmente a exigência fiscal.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	TOTAL APURADO FL. 25	VALOR COMPROVADO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
30/08/2004	08/09/2004	55.884,52	614,00	55.270,52	5%	2.763,53

Infração 02: Refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro de 2003 a agosto de 2004, conforme demonstrativos às fls. 07 e 08.

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

"Art. 4º

§ 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”.

Para elidir a exigência fiscal, o contribuinte deve apresentar, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilita a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Saliento que foram apresentados pelo autuado os Relatórios TEF Diário e por operação (fls. 368 a 417), o que permitiu fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

Utilizando os dados do mencionado relatório, o autuante elaborou novos demonstrativos (fls. 436/437), tendo considerado os totais de cartões de débito/crédito, fornecidos pelas administradoras, valores que não apresentam divergências com os demonstrativos do autuado à fl. 420. Comparou os totais mensais fornecidos pelas administradoras com os totais de Cupons e Notas Fiscais D-1, constantes nos Relatórios TEF, tendo em vista que nos citados relatórios foi relacionado o número de cada documento fiscal emitido e respectivo valor.

O autuado alega que, por erros operacionais e desconhecimento no manuseio do ECF, só foram registradas duas formas de pagamento: “dinheiro” e “a prazo”, por isso, todas as vendas em cartão cheques, cheques pré-datados e crediário foram registradas simplesmente como “a prazo”, e esporadicamente foi realizado o registro correto. Diz que o autuante não ponderou essa situação, e ainda, exigiu a multa de 5% sobre todo o montante de nota fiscal D-1 emitida.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que no refazimento dos cálculos, o autuante considerou os documentos fiscais comprovados por meio dos Relatórios TEF, e em caso de erros ou valores mensais que “não batem” com os valores diários, como alegou o defendant, tais argumentos deveriam ser acompanhados de provas, haja vista que se trata de documentos que estão na posse do contribuinte e sua cópia poderia ser juntada aos autos.

Observo que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.357/98. Portanto, os cálculos efetuados pela autuante, estão de acordo com a legislação em vigor.

Entendo que após a revisão efetuada pelo autuante, ficou parcialmente comprovada a alegação defensiva, haja vista que o sujeito passivo não apresentou todos os documentos necessários para comprovar a efetiva existência de documentos fiscais e respectivos boletos, para elidir por completo a exigência fiscal. Portanto, é parcialmente subsistente a infração, nos valores apurados nos demonstrativos às fls. 436/437, totalizando R\$16.816,39, sendo R\$9.089,83 referente ao exercício de 2003 (fl. 436) e R\$7.726,56 correspondente a 2004 (fl. 437).

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269114.1203/04-0, lavrado contra **CORAIS SARGASSO MODA MASCULINA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.816,39**, acrescido da multa de 70%, prevista

no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$2.763,53**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR