

A. I. N ° - 232856.0034/06-7
AUTUADO - E M DE SANTANA NERY
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 11. 07. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0206-01/07

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos, em face dos elementos apresentados pela defesa. Adaptado o lançamento aos critérios de apuração do imposto do regime do SimBahia. Reduzido o débito. Infração elidida parcialmente. Aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, consoante manda o artigo 157 do RPAF/99, por ter o contribuinte emitido Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do uso do ECF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/11/2006, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a julho de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2. 965,33, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 58/61, na qual afirma que o valor de R\$ 17.443,08 apontado como omissão de saídas teve por base uma suposta divergência entre os valores fornecidos pelas administradoras de cartões e aqueles contabilizados pela empresa. Sustenta que todas as operações que realizou foram devidamente acobertadas por documentos fiscais não existindo a diferença apontada na autuação. Enfatiza que cumpriu o §7º do artigo 238 do RICMS/97, no que se refere às transações não incluídas no ECF por razões alheias a sua vontade, sendo emitidas notas fiscais de venda a consumidor individualmente, com observação do nome da administradora, cujos comprovantes vinculando cada transação diz se encontrar acostado aos autos.

Prosseguindo apresenta tabela na qual discrimina os meses apontados na autuação confrontando a diferença apontada pelo autuante no valor de R\$ 17.443,08 com as notas fiscais de venda a consumidor emitidas nas vendas através de cartão, no valor total de R\$ 17.444,29, resultando na diferença de R\$ 1,21, que segundo diz se deve a falta de atenção de empregados no momento da transmissão da informação à administradora.

Assevera que não lhe foram apresentados relatórios dos valores apontados como “omissões de saídas” o que cerceou o seu direito a ampla defesa.

Finaliza pedindo que o Auto de Infração seja anulado.

Na informação fiscal apresentada às fls. 121/122, o autuante contestando as alegações defensivas afirma que o contribuinte não apresentou as notas fiscais que alega existirem juntamente com o respectivo atestado de intervenção no respectivo ECF, considerando que somente serão consideradas

as notas fiscais emitidas dentro do período do documento de intervenção promovido pela empresa credenciada.

Concluiu mantendo integralmente a autuação.

Intimado o contribuinte para se manifestar sobre a informação fiscal, este afirma que em nenhum momento reportou-se a intervenção no equipamento, sendo que por se tratar de um armarinho, há momentos em que recebe um fluxo de pessoas que extrapola a sua capacidade de atendimento no ECF, formando longas filas no caixa, deslocando empregados para o balcão onde se processam as informações de vendas em cartão de crédito/débito, local onde são emitidas as notas fiscais de venda a consumidor já acostada ao processo.

Reitera que as notas fiscais emitidas e registradas correspondem às operações consignadas nos comprovantes e que as mesmas não podem ser desprezadas, pois em nenhum momento incorreu em práticas que ferem o artigo 209 do RICMS/97.

Concluiu solicitando que após análises dos documentos e aceitação de seus argumentos o Auto de Infração seja arquivado.

Consta à fl. 131, diligência solicitada pela 4ª JJF, a fim de que fossem entregues ao autuado cópias dos Relatórios de Informações – TEF, operação por operação, bem como das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito. Foi solicitada ainda a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias para que o autuado, querendo, se manifestasse.

À fl. 132-v, consta recibo assinado pelo autuado, confirmando o recebimento das cópias dos relatórios e planilhas indicadas na diligência, bem como da ciência da reabertura do prazo de defesa. Contudo, não há qualquer manifestação do contribuinte.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente de 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 levantamento realizado pelo autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“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”.

Inicialmente, quanto ao cerceamento de defesa suscitado pelo autuado, entendo que este foi definitivamente afastado, com a conversão do processo em diligência pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que fosse entregue ao contribuinte cópia dos Relatórios de Informações – TEF –

Operações diárias individualizadas; das planilhas anexadas aos autos; bem como fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

No mérito, analisando as peças processuais, verifico que a autuação aponta na “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO” à fl. 7 dos autos, na coluna “Diferença encontrada (base de cálculo)” o valor total de R\$ 32.948,18, apurando ICMS total de R\$ 5.601,19, que deduzido do crédito presumido de 8% (por se tratar o autuado de contribuinte SimBahia) no valor de R\$ 2.635,85, resulta no ICMS devido de R\$ 2.965,34.

Ocorre que, na defesa apresentada o sujeito passivo afirma que o valor de R\$ 17.443,08 apontado como omissão de saídas teve por base uma suposta divergência entre os valores fornecidos pelas administradoras de cartões e aqueles contabilizados pela empresa, sustentando que as transações não incluídas no ECF por razões alheias a sua vontade, tiveram a emissão de notas fiscais de venda a consumidor individualmente, com observação do nome da administradora, cujos comprovantes vinculando cada transação diz se encontrar acostado aos autos.

Certamente o contribuinte somou as parcelas da base de cálculo discriminadas no Auto de Infração que, apesar de não alterarem o valor do ICMS devido, são ajustados pelo sistema SEAI para fim de compatibilizar a alíquota de 17%, aplicável no caso em exame.

Contudo, além do valor do ICMS apontado no Auto de Infração estar correto, vale registrar que, os valores indicados na planilha comparativa; no demonstrativo dos lançamentos das reduções Z; e no Relatório totais por mês, não permitem qualquer dúvida sobre a diferença apontada como omissão de saídas de mercadorias que é de R\$ 32.948,18.

Vale salientar que consta à fl. 132-v do presente processo, recibo do autuado confirmando o recebimento de cópias dos Relatórios de Informações TEF diário por operações, das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito, e ciência quanto à reabertura do prazo de defesa.

Os documentos fornecidos ao sujeito passivo permitiram-lhe fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Porém, como não atacou o total da diferença apontada na autuação, infiro que concorda com os valores apontados que não foram impugnados.

Quanto à parte impugnada no valor de R\$ 17.444,29, analisando os documentos acostados ao processo, especificamente as vias das Notas Fiscais de Venda a Consumidor e as cópias dos boletos referentes às operações com as administradoras de cartões de crédito/débito, juntadas pelo sujeito passivo, constato que efetivamente todos os valores são convergentes. Vale dizer que, as notas fiscais têm relação direta com os boletos, assistindo razão ao autuado quanto às suas alegações. Cito como exemplo as Notas Fiscais de Venda a Consumidor de nºs 12673 a 12677, emitidas em 02/01/06, cujos valores de R\$ 398,48; R\$ 11,78; R\$ 8,45; R\$ 296,29; R\$ 268,65, respectivamente, encontram total correspondência com os valores constantes nos boletos acostados pelo contribuinte, emitidos nesta mesma data. Saliento que o mesmo ocorre nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho, havendo total correspondência entre as Notas Fiscais de Venda a Consumidor e os boletos anexados.

Diante disso, os valores de R\$ 2.603,92; R\$ 2.428,24; R\$ 2.129,83; R\$ 3.028,01; R\$ 2.885,82; R\$ 1.533,22 e R\$ 2.835,25 relativos às saídas realizadas nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2006, devem ser excluídos da exigência fiscal.

Contudo, como a diferença originalmente apurada como omissão de saídas foi de R\$ 32.948,18, remanesce a diferença de R\$ 15.503,89, sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta no ICMS de R\$ 2.635,66, que deduzido o crédito de 8% no valor de R\$ 1.240,31, importa no ICMS devido de R\$ 1.395,35.

Por se tratar o autuado de contribuinte SimBahia, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os

critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% *sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais*, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº 7.357/98).

Verifico que no cálculo do imposto, o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e a alíquota aplicável às operações.

Assim, a autuação é parcialmente subsistente ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Ocorrência	Base de Cálculo (R\$)	Alíquota	Imposto (R\$)	Crédito Fiscal 8%	ICMS devido
31/01/2006	2.313,44	17%	393,28	185,07	208,21
28/02/2006	2.158,41	17%	366,93	172,68	194,25
31/03/2006	1.893,70	17%	321,93	151,50	170,43
30/04/2006	2.691,60	17%	457,57	215,32	242,25
31/05/2006	2.563,79	17%	435,85	205,11	230,74
30/06/2006	1.362,66	17%	231,65	109,01	122,64
31/07/2006	2.520,29	17%	428,45	201,62	226,83
				TOTAL	1.395,35

No tocante à alegação do autuado de que não houve intervenção no equipamento e que as notas fiscais de venda a consumidor foram emitidas por se tratar de um armazinho, ocorrendo em alguns momentos um fluxo de pessoas que extrapola a sua capacidade de atendimento no ECF, certamente tal alegação não pode prosperar. Admitir-se ficar ao talante do contribuinte a emissão do documento fiscal na forma e no momento que lhe aprouver, sem dúvida nenhuma, seria permitir uma flexibilidade da legislação do ICMS, provocando as maiores dificuldades de controle, e, conseqüentemente, prejuízo à Fazenda Estadual.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA prevê no artigo 192, os documentos fiscais que obrigatoriamente serão utilizados pelo contribuinte. Dentre tais documentos estão a Nota Fiscal de Venda a Consumidor e o Cupom Fiscal, previstos nos incisos II e III, respectivamente.

A Nota Fiscal de Venda a Consumidor é regulada nos artigos 232 a 237, e o Cupom Fiscal nos artigos 824-A a 824-V do RICMS/97.

O “caput” do artigo 232 dispõe:

“Art. 232. Sem prejuízo do disposto no art. 238, nas vendas a consumidor pessoa física ou jurídica não contribuinte poderá ser emitida Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2 (Anexo 17).”

Já o artigo 824-B prevê com relação ao Cupom Fiscal:

“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.”

O “caput” do art. 238, referido no art. 232, assim 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.

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.

§ 4º No caso emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor em ECF para cancelamento de Nota Fiscal de Venda a Consumidor anterior, aquela deverá ser emitida em jogo de formulário em branco.

§ 5º O documento fiscal emitido em ECF não poderá ser retido pelo emitente, sendo permitida, contudo, a retenção de cupom adicional ao Cupom Fiscal, emitido para este fim.

§ 6º Sem prejuízo das demais disposições contidas na legislação, na circulação de mercadorias para entrega no domicílio do adquirente, situado neste Estado, os documentos emitidos por ECF deverão conter:

I - o CNPJ ou o CPF do adquirente, impresso pelo ECF em seu anverso;

II - o nome e o endereço do adquirente, bem como a data e a hora de saída das mercadorias, sendo que:

a) em seu anverso, impressos pelo próprio ECF;

b) em seu verso, indicados manualmente.

§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.”

Conforme se observa, por força do art. 824-B, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.

No caso em exame, consta que o contribuinte emitiu Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do documento próprio, que seria o Cupom Fiscal, em decorrência do movimento no estabelecimento.

Ocorre que, o RICMS/BA não contempla a situação alegada pelo contribuinte, para permitir a emissão da Nota Fiscal de Venda a Consumidor em substituição ao Cupom Fiscal. Consoante o § 2º do art. 238 do RICMS, quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, o contribuinte pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor. Contudo, observe-se que, para isso, o defeito ou sinistro do equipamento deve ser documentado na forma regulamentar. O artigo 824-H determina o procedimento que deve ser adotado em tal situação, ou seja, a empresa encarregada da intervenção técnica no equipamento deve observar, dentre outras regras, as contidas nos artigos 824-L e 824-M.

Ora, se para intervenção técnica existe um regramento que deve ser observado, a fim de permitir a emissão da Nota Fiscal de Venda a Consumidor em substituição ao Cupom Fiscal, evidentemente que não pode o contribuinte sob alegação de estar momentaneamente com um movimento de clientes considerável não observar a determinação legal.

Assim, apesar de o autuado ter elidido parte da exigência fiscal relativa à obrigação principal, conforme acima explanado, efetivamente ao emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do uso de ECF, descumpriu a obrigação acessória de emissão do Cupom Fiscal, e, consequentemente, incorreu em infração passível de aplicação da multa de 5% prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei 7.014/96.

Diante disso, e considerando que o artigo 157 do RPAF/99, estabelece que, *verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente*, sou pela aplicação da multa de 5% sobre o valor elidido pelo contribuinte de R\$ 17.444,29, que resulta no valor de R\$ 872,21.

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 **232856.0034/06-7**, lavrado contra **E M DE SANTANA NERY**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.395,35**, acrescido da multa de 70% prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 872,21**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do mesmo dispositivo legal citado, e dos acréscimos moratórios correspondentes, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR