

A. I. N° - 206935.0016/07-9
AUTUADO - GRAPIÚNA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 13. 09. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0279-01/07

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. A concessão do crédito presumido de 8%, em relação ao período no qual o contribuinte se encontrava cadastrado na condição de EPP – empresa de pequeno porte, proporciona redução do montante do débito. Mantida parcialmente a exigência fiscal. Indeferido o pedido de apresentação posterior de novas provas documentais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/05/2007, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora dos referidos cartões, nos meses de outubro a dezembro de 2006, sendo exigido imposto no valor de R\$ 11.792,72, acrescido da multa de 70%. Consta que o levantamento está de acordo com os demonstrativos de apuração fiscal e com os Relatórios TEF por Operação.

O autuado apresentou impugnação às fl. 57 a 60, argüindo que de acordo com a competência outorgada pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessário identificar a hipótese figurada, devendo ser apontados os elementos constitutivos da norma, aos quais deverão corresponder todas as características do acontecimento no mundo social, de modo a ocorrer o dever jurídico de pagar o tributo. Esses elementos são o pessoal, que indica as pessoas envolvidas (sujeito ativo e passivo); o material, que indica a matéria (alíquota); o espacial, que indica a área onde o acontecimento ocorre e o temporal, que determina o momento no qual ocorre o fato.

Transcrevendo o art. 142 do CTN – Código Tributário Nacional, aduz que não há possibilidade de nascer o dever jurídico de pagar um imposto sem que esses elementos tenham ocorrido. Desse modo, prossegue, no procedimento administrativo devem prevalecer os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, não podendo a administração fiscal utilizar-se de cláusulas gerais para exigir imposto, devendo se ater à condição de que as circunstâncias que resultam na exigência do tributo devem estar fixadas numa norma legal prévia.

Salienta que no caso do ICMS, o Estado somente pode obrigar que o contribuinte pague o tributo quando efetivamente forem realizadas operações de circulação de mercadorias. Observa que no caso presente não são admissíveis os fatos elencados pelo autuante.

Relacionando mês a mês os valores referentes aos dados constantes da redução Z, aos dados informados pelas administradoras de cartões e às diferenças apuradas, assinala que mesmo que tivesse ocorrido a omissão apontada pelo fisco, a base de cálculo seria igual à diferença entre os totalizadores, no montante de R\$ 50.235,06.

Observa que, no entanto, emitiu as notas fiscais relativas tanto às vendas efetuadas através de cartão de crédito, como através da financeira, afirmando que os documentos fiscais em referência contêm valores compatíveis com aqueles referentes aos protocolos das administradoras e das financeiras, anexando para tanto os documentos correspondentes, que se referem a cópias autenticadas das notas fiscais e dos citados protocolos (fls. 65 a 156). Ressalta que algumas notas fiscais têm valores superiores àqueles informados pelas administradoras de cartões ou pelas financeiras, em decorrência do fato dos clientes terem optado por pagar parte do valor da compra em espécie e parte através de cartão.

Esclarece que os seguintes valores constam em duplicidade: autorização nº. 193.255, no valor de R\$ 400,00; autorização nº. 193.345, no valor de R\$ 46,50 e autorização nº. 193.347, no valor de R\$ 129,00. Diz que existem cancelamentos de operações, como no dia 07/10/2006, no valor de R\$ 216,00 e em 05/12/2006, no valor de R\$ 55,00 (fls. 157 a 161).

Assevera que no levantamento realizado pelo autuante não houve imparcialidade, por não refletir a realidade dos fatos. Alega, ademais, que as argumentações defensivas estão amparadas em prova documental irretorquível, que se encontra à disposição do fisco, além daquela ora anexada.

Em seguida, lança a seguinte indagação: que proveito teria o autuante em exigir do contribuinte o pagamento de ICMS indevido, acrescido de penalidade, cujo desembolso traria como efeito exaurir sua minúscula capacidade financeira, já oprimida pela gigantesca carga tributária? Responde que não haveria nenhum proveito.

Requer que lhe sejam deferidos os meios de prova em direito admitidos, de acordo com o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, indicando a juntada de documentos, inclusive em contraprova, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 163, asseverando que o lançamento tributário não carece de nenhum reparo, desde quando contém todos os pressupostos exigidos pela legislação e os elementos necessários à sua validade, pois identifica o autuado, descreve perfeitamente o fato e a conduta infratora do contribuinte, os fundamentos e provas das irregularidades cometidas e o valor do débito apurado. Assim, de acordo com o § 1º do art. 18 do RPAF/99, a natureza da infração, o autuado e o montante do débito estão bem determinados na autuação, não procedendo as alegações defensivas, inclusive quanto à suposta falta de identificação da infração.

Argumenta que o Auto de Infração está baseado em informações fornecidas pelo próprio impugnante. Saliencia que ao comparar os dados constantes do demonstrativo de fl. 07 com o relatório apresentado pelo autuado (fl. 11), se verifica que no primeiro, onde se lê “VL. N. FISCAL”, todos aqueles valores se referem aos mesmos montantes existentes no relatório apresentado pelo próprio autuado.

Observa que o autuado não operou o ECF – equipamento emissor de cupom fiscal, sob a alegação de desconhecer o seu manuseio, tendo emitido notas fiscais ou outros documentos fiscais não permitidos, por se referir a usuário de ECF, de acordo com a declaração à fl. 10. Argui ter aplicado um procedimento mais benéfico ao contribuinte, cobrando as diferenças devidas de ICMS, quando poderia ter aplicado a multa de 5% sobre o valor das operações praticadas com a emissão indevida de notas fiscais.

Considera irrelevante a impugnação aos documentos e levantamento que realizou, tendo em vista a força comprobatória desses elementos. Entende que o contraditório relativo às informações repassadas pelas operadoras e administradoras de cartões deve ser travado entre estas e o contribuinte, não sendo problema que diga respeito ao fisco estadual. Quanto às supostas

repetições ou duplicidades, cabe ao autuado reclamar sobre os erros junto às operadoras e administradoras de cartões e não ao fisco.

Refere-se novamente ao demonstrativo de fl. 07, afirmando ter sido apurada uma pequena movimentação com operações através do ECF, sendo registradas no demonstrativo. No que se refere aos cancelamentos de cupons, esclarece que foram considerados no levantamento.

Afirma que os documentos constantes às fls. 06 a 08 e 12 a 53 comprovam em definitivo as irregularidades praticadas pelo autuado, enquanto que os Relatórios TEF por Operações e Diário espelham a robustez das provas apresentadas pelo autuante para fundamentar o débito apontado.

Mantém a ação fiscal e sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Ressalto, inicialmente, que o procedimento fiscal não violou as regras contidas nos artigos 18, incisos II e IV, alínea “a” e 39, inciso III do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, tendo sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal. Além do que o autuado tendo recebido cópias dos correspondentes demonstrativos, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Acrescento que no lançamento tributário não foram contrariados os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, como sugerido pelo autuado, desde quando a exigência tem previsão legal tipificada no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, bem como todos os elementos necessários à identificação do fato impositivo, do sujeito passivo e da infração se fazem presentes, além de terem sido apresentadas as provas correspondentes à imputação.

Não acolho o pleito pela apresentação posterior de outras provas documentais, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou diversos elementos na impugnação e que os elementos anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

No mérito, verifico que o autuante atribui ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

No levantamento realizado o autuante comparou os valores fornecidos pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas com cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado pelas referidas instituições, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, que 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”.

Noto que o autuado alega a existência de erros na apuração da base de cálculo realizada pelo autuante, sob a arguição de que emitira notas fiscais nas vendas realizadas através de cartões e por

meio de financeiras, tendo trazido aos autos cópias reprográficas das notas fiscais D-1 e de “protocolos” referentes aos pagamentos parcelados. Acrescenta que o demonstrativo elaborado pelo autuante aponta o valor de R\$ 69.368,93, enquanto que de acordo com o seu demonstrativo realizado mês a mês, a diferença total no período é de R\$ 50.235,06. Em relação a este ponto, esclareço que o procedimento adotado pelo autuante está correto, desde quando as diferenças, neste caso, têm que ser consideradas mês a mês e não pelos totais apurados no exercício. Quanto aos documentos anexados pelo autuado, tratarei adiante.

Enquanto isso o autuante mantém a autuação, sob a alegação de que todas as vendas do estabelecimento usuário de ECF devem ser registradas neste equipamento, com exceção das previstas no RICMS/97 e que efetuou o levantamento valendo-se dos dados fornecidos pelo próprio autuado, comparando-os com as informações TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, resultando no débito exigido no Auto de Infração.

Nos termos dos artigos 824-B, *caput* do RICMS/97, que transcrevo abaixo, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF.

“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 mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes, conforme transcrito abaixo:

“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 seqüencial 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.”

Conforme se conclui da leitura do inciso II e § 1º do artigo 238 acima transcrito, no caso de emissão de nota fiscal de venda a consumidor ou nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do cliente, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número seqüencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Saliento que a juntada da 1ª via não representa uma faculdade dada ao contribuinte, mas uma imposição, valendo dizer que a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida a determinação regulamentar acima referida, havendo, nesse caso, a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quando fiscalizado quanto ao erário estadual, para evitar qualquer risco ou prejuízo.

Não resta nenhuma dúvida de que, caso o contribuinte tivesse observado as disposições regulamentares acima reportadas, elidiria a acusação fiscal com a comprovação através da 1ª via do cupom fiscal anexada à via fixa da Nota Fiscal correspondente.

Acrescento, ademais, que as provas trazidas pelo autuado não servem para descaracterizar a imputação, haja vista que os valores constantes dos referidos documentos não guardam relação com aqueles verificados nos dados constantes do Relatório TEF Operações. Quanto às demais alegações concernentes à existência de duplicidade e de cancelamento de autorização, não consta nos autos nenhum elemento hábil de prova a ser acatado. Ademais, os Relatórios TEF não registram tais situações. Por outro lado, as duplicidades de registros se referem a valores totalmente divergentes uns dos outros. Assim, considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é subsistente.

Cumprando registrar que, verificando os dados cadastrais do autuado no INC/SEFAZ – Informações do Contribuinte, constatei que a partir de 1º/11/2006 ele optara pelo Regime SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte, razão pela qual o imposto apurado nesse período 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, devendo ser concedido, no entanto, o crédito presumido de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto.

Considerando que no cálculo do imposto, o autuante, por equívoco, não concedeu o mencionado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração, dada a condição do autuado de empresa de pequeno porte, na tabela abaixo refaço os cálculos referentes aos meses de novembro e dezembro de 2006, apontando os valores dos débitos julgados.

OCORRÊNCIA	B. DE CÁLCULO	ICMS (R\$)	CRÉDITO (8%)	ICMS DEVIDO (R\$)
10/2006	4.714,47	801,46	-	801,46
11/2006	25.474,17	4.330,61	2.037,93	2.292,68
12/2006	39.180,29	6.660,65	3.134,42	3.526,23
TOTAL				6.620,37

Diante do exposto, a autuação é parcialmente subsistente.

Voto pela procedência parcial 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. **206935.0016/07-9**, lavrado contra **GRAPIÚNA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.620,37**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR