

PROCESSO - A. I. Nº 232948.0907/06-2
RECORRENTE - MERCADINHO DSS LTDA. (MERCADINHO AMORIM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0287-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/02/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0040-11/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Reduzido o valor do débito ante a apresentação pelo contribuinte de alguns cupons fiscais, nos quais, embora constassem a indicação de venda em dinheiro, apresentou o correspondente boleto comprovando ter sido operação realizada por meio de cartão de crédito. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE EMISSOR CUPOM FISCAL. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE ECF A QUE ESTÁ OBRIGADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O contribuinte não comprovou que a emissão de notas fiscais foi necessária em face do equipamento se encontrar sob intervenção técnica ou sinistrado. Infração subsistente. Fica reduzida a multa para o percentual de 2%, decorrente da retroatividade benéfica da penalidade, estabelecida em lei. Preliminar de nulidade não acatada. Indeferido o pedido para realização de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto à Decisão relativa ao Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2006, o qual reclama o valor de R\$24.229,56, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Sendo cobrado o imposto no valor R\$22.488,73, acrescido de multa de 70%;
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Sendo aplicada a multa de 5% sobre o montante das operações resultando no valor de R\$1.740,83.

Nas informações fiscais, fls. 606 a 609, são alinhadas as seguintes ponderações:

Na infração 1, afirma que não houve agressão ao direito do exercício da ampla defesa dado que os cálculos foram feitos com base nas leituras “Z” e talões D- 1, fl. 09, confrontados com os valores mensais das vendas com cartões de créditos fornecidas pelas administradoras à SEFAZ, fl. 8. E que tais valores não foram anexados por também estarem à disposição do autuado, o qual detém o direito de solicitá-los, pois possui todos elementos materiais necessários para a elaboração da sua defesa. Desta forma, continua, o autuado jamais poderia alegar falta de dados para efetuar a sua contestação às infrações detectadas, assim como alegar cerceamento ao seu direito de defesa.

Quanto a não aplicação da proporcionalidade das vendas no cálculo da infração, o agente fiscal esclarece que optantes pelo SimBahia, tem tratamento tributário diferenciado e simplificado, não cabendo calcular o imposto com base no regime normal. À esta espécie, o imposto a recolher deve ser feito como base no faturamento da Empresa no exercício anterior, e sobre a receita ajustada, para as EPPs e para as Microempresas. Cita e transcreve à fl. 608, os artigos 386-A e 387-A do RICMS-BA/97 para fundamentar seu argumento.

Quanto à infração 02, acrescenta que a cobrança é apenas da multa pela emissão indevida das notas fiscais modelo D-1 em substituição dos cupons fiscais, sem a devida justificativa legal, fato não elidido pelo autuado.

A ilustre JJF, em pauta suplementar, enviou os autos em diligência à INFAZ de origem para que fossem apensos aos autos o Relatório TEF, fornecidas cópias ao autuado e reaberto o prazo para que pudesse fundamentar sua defesa, conforme fl. 612. Após a intimação pelo Órgão preparador para fornecimento da cópia do Relatório TEF Diário por operadora de cartão e reabertura do prazo defesa, bem como, verifica-se que o relatório TEF fora anexado às fls. 616 a 898.

Em seu relatório, os ilustres julgadores deixam de acatar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa por entender descabida, ante as evidências presentes nos autos.

Entendem que a comercialização com mercadorias isentas, incluídas na cesta básica e com redução de base de cálculo, não impede a utilização do roteiro de auditoria aplicado no presente caso, haja vista que as mercadorias com tributação normal e com alíquota de 25%, são também largamente comercializadas pelo autuante, ultrapassando o percentual de 50%, conforme se depreende do levantamento apensado à defesa, fls. 71 e 82. São de Parecer que somente em situação na qual o contribuinte opere exclusivamente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com absoluta preponderância dessas mercadorias, é que se poderia considerar inadequado comparar as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito com os registros acumulados na redução “Z” do ECF. Descabe mencionar nulidade por inadequação de roteiro, nem tampouco cerceamento de defesa, eis que, todos os elementos que embasaram a autuação foram devidamente entregues ao autuado, inclusive o relatório TEF diário por operadora como se verifica a declaração de recebimento expressa, fl. 899.

Não acatam a requerida diligência fiscal, pela inexistência, de questão qualquer que não tenha sido aclarada, ademais os i. julgadores afiançam já se encontrarem no processo todos os elementos necessários à formação da convicção e, tal providência é desnecessária tendo em vista as outras provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99.

Adentrando ao mérito observam que a infração 01 exige ICMS em razão de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de vendas à cartão de credito registradas no ECF (redução Z), em valores inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras desses cartões, e na infração 02, é aplicada multa de 5% sobre o valor das notas fiscais emitidas em lugar do cupom fiscal, decorrente da obrigatoriedade do uso de equipamento de controle fiscal – ECF.

Comentam que mesmo tendo sido reaberto o prazo de defesa, fls. 899 a 901, o autuado não comprovou “*in-totum*” a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta com

fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96; somente juntou prova de algumas das operações em cujos cupons fiscais indicam pagamento a dinheiro e o respectivo boleto comprova que a venda foi realizada por cartão de crédito, fls. 592 a 598, e não abatidas no levantamento fiscal a fl. 09. Confirmadas essas provas e não consideradas pela autuação, promovem os ilustres julgadores a competente exclusão dos valores autuados.

Quanto às saídas realizadas pelo autuado no período fiscalizado e que já se encontravam com fase de tributação encerrada, por antecipação tributária e/ou substituição tributária, as isentas, e que constam da cesta básica ou têm redução de base de cálculo, são de Parecer quanto a se aplicar a proporcionalidade, objetivando apurar nas omissões acusadas pela fiscalização, apenas as que se referirem as saídas de mercadorias tributadas, tendo em vista que o autuado opera em atividade comercial de alimentos preponderando nas saídas as mercadorias com tributação nas formas supra enunciadas.

Citam como exemplos os Acórdãos CJF N^{os} 0291-12/06 e 0154-12/07, das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em especial a 2ª CJF, a qual vem adotando este novo entendimento em seus julgados, tendendo para a formação de jurisprudência administrativa para interpretar as disposições atinentes às omissões apuradas através do uso das presunções previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Acatam no caso vertente, as alegações recursais que questionam a composição da base de cálculo do imposto apurado por presunção de omissões de saídas, pois que estão conformes com o atual entendimento do CONSEF. Dessa forma o valor lançado deve ser reduzido, para formar base de calculo que contemple apenas o percentual de saídas de mercadorias tributadas, conforme percentuais apresentados nas planilhas às fls. 71 a 82, por conseguinte excluindo-se do montante autuado, a proporção correspondente às operações com mercadorias isentas, não-tributadas e com imposto pago pelo regime de substituição tributária.

Não acatam o demonstrativo do autuado, fl. 84, por considerar valores da coluna “Apuradas no ECF”, sem a comprovação de que se tratam de cupons que, embora tivessem sido registrados por equívoco como sendo operação em “dinheiro”, corresponderiam a operações por meio de cartão de crédito/débito, consoante alegação defensiva.

Acolhem os ilustres julgadores a proporcionalidade das operações com mercadorias tributáveis na apuração da base de cálculo da presunção, mantendo a “*Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito*”, elaborada pelo autuante, fl. 8, considerando ainda a inclusão na coluna “Apuradas na Redução “Z” os valores dos cupons fiscais efetivamente comprovados pelo autuado de que corresponderam a operações com cartão de crédito/débito, constantes às fls. 592 a 598. Efetivamente, aduzem, somente esses valores comprovaram o equívoco do autuado ao registrar no ECF vendas em cartão como se em dinheiro fossem.

Mantém parcialmente subsistente a infração 1, e apresentam novo demonstrativo de débito da infração 1, depurada com a exclusão dos valores comprovados pela correspondência entre os cupons fiscais e os respectivos boletos das administradoras de cartão de crédito e que não foram considerados no levantamento fiscal, fls. 133 a 196, totalizando o valor de R\$232,76, além de considerar a proporcionalidade nas operações do autuado com mercadorias tributadas aplicada sobre as diferenças apuradas que reduziu o lançamento inicial que era de R\$22.488,73, fls. 01 e 08, para R\$11.752,80.

TOTAIS DOS CUPONS COM OS RESPECTIVOS BOLETOS - fls. 592 a 598.			
PERÍODO	V. COMP.	PERÍODO	V. COMP.
		TRANSP.	-
JANEIRO	-	ABRIL	11,00
FEVEREIRO	-	M A I O	80,00
M A R Ç O	-	J U N H O	141,76
S U B T O T.	-		
T O T A L C O M P R O V A D O			232,76

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - EXCLUINDO-SE OS CUPONS COMPROVADOS PELA DEFESA, fls. 592 a 598, E APLICANDO-SE A PROPORCIONALIDADE DAS MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS											
MÊS	VENDAS INF. PELAS OPERADORAS	CUPONS COMPROV. Fls. 592 a 598 - DEFESA	NOTAS FISCAIS E CUPONS APURA-DOS PELA FISCALIZ.	TOTAL N F + CUPONS	DIFERENÇA BASE DE CÁLCULO	PERCENT. PROPORCIONALIDADE.	BASE DE CÁLCULO PROPORCIONALIDADE	ALIQ.	ICMS	CRÉDITO DE 8 %	ICMS DEVIDO
JAN	50.892,67	-	7.574,84	7.574,84	43.317,84	56,24%	24.361,95	17,0%	4.141,53	1.948,96	2.192,58
FEV	47.797,45	-	7.553,83	7.553,83	40.243,63	43,25%	17.405,37	17,0%	2.958,91	1.392,43	1.566,48
MAR	55.851,52	-	8.358,89	8.358,89	47.492,64	56,14%	26.662,37	17,0%	4.532,60	2.132,99	2.399,61
ABR	57.596,65	11,00	8.518,24	8.529,24	49.067,42	55,11%	27.041,05	17,0%	4.596,98	2.163,28	2.433,69
MAI	59.949,80	80,00	8.829,53	8.909,53	51.040,28	50,61%	25.831,48	17,0%	4.391,35	2.066,52	2.324,83
JUN	47.904,28	141,76	29.282,28	29.424,04	18.480,25	50,24%	9.284,48	17,0%	1.578,36	742,76	835,60
	319.992,37	232,76	70.117,58	70.350,34	249.642,03				TOTAL DO DÉBITO INFR. 01		11.752,80

Passando à infração 02, dizem assistir razão ao autuante, pois evidenciado nos autos que foram emitidas notas fiscais D-1, em lugar do obrigatório Cupom Fiscal, em situações não abrigadas pelas exceções prevista no § 2º do inciso II do art. 238 do RICMS-BA/97, o qual transcreve. Como no presente caso, não fora carreado aos autos qualquer atestado de intervenção por empresa credenciada ou ocorrência de sinistro que impedisse o funcionamento do ECF como prevê o aludido dispositivo regulamentar.

Não acata a i. JJF a transformação requerida pelo autuado, da multa aplicada de 5% sobre o valor das operações prevista no inciso XX do art. 42, Lei nº 7.014/96, pois a infração fora devidamente caracterizada e não restou evidenciado nos autos que não ocorrera prejuízo ao erário.

À alegação do caráter confiscatório da multa em comento, aduzem que essa apreciação escapa ao âmbito de competência deste órgão de julgamento, não cabendo discutir a constitucionalidade do direito neste âmbito administrativo.

Mantendo a infração 2, julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário apresentado o recorrente transcreve as infrações apontadas no Auto de Infração em testilha, reiterando a princípio a reafirmação em todo teor da argumentação apresentada anteriormente por ocasião da defesa inicial datada de 26/10/2006 e da manifestação encaminhada em 28/05/2007.

No enfrentamento da infração 1, faz acompanhar o presente Recurso Voluntário, de comentários e reproduções de cópias de Acórdãos diversos, Decisões emanadas das Juntas de Julgamento Fiscal e também das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, ligadas a questão em exame, requerendo que suas razões sejam apreciadas, de conformidade à legislação processual em vigor.

Irresignam-se frente ao procedimento do lançamento fiscal, que não levou em consideração que a totalidade de suas saídas de mercadorias tributadas, representam apenas, em média, 49,75% das suas operações; conseqüentemente, demais produtos, isentos, ou com fase de tributação encerrada, perfizeram os complementares 50,25% do total de saídas.

Abordando a infração 2, da mesma forma que visto acima faz menção, comentários e reproduções de Decisões diversas emanadas por este CONSEF.

Releva o fato de não ter agido com intenção de dolo, não ter havido sonegação de imposto, e nem mesmo ter faltado a emissão de documento fiscal, o qual foi prévia e devidamente autorizado à emissão pela SEFAZ deste Estado.

Alude que a emissão das notas fiscais D-1 deu-se em decorrência da constante falta de energia elétrica na área em que está estabelecido, ou então por defeito técnico do equipamento. E que de conformidade a Decisões recentes, em situações análogas, conforme aponta em Acórdãos reproduzidos, este CONSEF vem reduzindo e até dispensando o valor das multas aplicadas.

Em seu pedido final, o recorrente requer reforma da Decisão emanada pela 4ª JJF, pela nulidade da infração 1, ou se superado, seja aplicada o princípio da proporcionalidade, reduzindo o valor do ICMS na acusação lançada, e julgada procedente em parte esta infração 01.

Com respeito à infração 2, requer que, à vista do recolhimento do imposto devido, desta forma não tendo gerado prejuízo ao Erário Público, seja também reformada a Decisão proferida, reduzindo-se a multa para apenas R\$50,00 ou então reduzir a 10% o valor da multa acessória originalmente aplicada, de conformidade aos substanciais Acórdãos mencionados em sede de Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS emite Parecer da lavra da ilustre procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, frente às considerações seguintes;

INFRAÇÃO 1 – Alude a ilustre procuradora que tendo em vista que mais de 50% das mercadorias comercializadas pelo autuado não se enquadram nas situações de isentas ou não tributadas ou ainda pertencentes à cesta básica, o roteiro de fiscalização adotado foi adequado. Aduz observar que algumas das operações comprovadas pelo autuado foram excluídas do lançamento do crédito fiscal. E que diferente do afirmado pelo autuado, foi adotado nos presentes autos a proporcionalidade, nos moldes do atual entendimento externado nas Decisões do CONSEF, algumas inclusive apontadas pelo autuado. Complementando esta acusação, destaca a i. procuradora que a Lei do ICMS é clara e a presunção legal de saídas existe enquanto o contribuinte não de desincumbir de elidí-la, mediante a produção de prova que lhe compete. Cita a Lei nº 7.014/96, artigo 4º, § 4º, que expressamente preceitua o fato gerador de tributo.

INFRAÇÃO 2 – Destaca que a emissão de outro documentário fiscal em substituição ao cupom do ECF, só poderá ocorrer quando o equipamento estiver paralisado por motivos técnicos, ou em decorrência de sinistro. Observa ilustre procuradora que o contribuinte em momento algum avançou nessa questão, suscitando apenas a redução de multa. Transcreve o art. 293 do RICMS/BA o qual delimita adequadamente o caso presente.

Com referência ao pedido de redução de multa, ilustre Dra. não vê presente a condição imposta pela legislação quanto a não implicação na falta de pagamento de imposto, pois que no período em que ocorreu a falta de emissão do cupom fiscal, também aconteceu a omissão de saídas tributáveis, conforme atestaram os confrontos das reduções Z com as informações TEF das administradoras de cartões de crédito e de débito.

VOTO

Não encontra guarida a alegada nulidade por inadequação de roteiro e, ainda menos, por cerceamento de defesa, haja vista que em sua totalidade os elementos suportes que levaram à apuração dos valores exigidos foram entregues ao autuado, inclusive o relatório TEF detalhada por operadora, consoante a declaração de recebimento expressa, fl. 899.

As infrações foram correta e claramente circunstanciadas no Auto de Infração, assim como o enquadramento legal e a tipificação das multas.

Vejo também desnecessária a intervenção de fiscal estranho ao feito, ante a inexistência de ponto obscuro para ser aclarado. O PAF já contém todos os elementos necessários à formação de convicção e, conta com outras provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99.

Mesmo após a cessão de informações das administradoras de cartão de crédito, tendo sido reaberto o prazo de defesa, fls. 899 a 901, o recorrente somente apresentou a comprovação de algumas vendas em cujos cupons fiscais constam o meio de pagamento em dinheiro e o boleto confirma a utilização do cartão de crédito, fls. 592 a 598; estes constavam do levantamento fiscal, tendo sido excluídos acertadamente pela ilustre JJF.

Julgo acertado que, posto que o recorrente desenvolve atividade comercial de alimentos com grande parte das saídas de mercadorias que já haviam sofrido tributação pelo regime de antecipação tributária e/ou substituição tributária, outras isentas, demais que constam da cesta básica ou têm redução de base de cálculo, no presente Auto de Infração há que se aplicar a

proporcionalidade, para computar dentro das omissões apuradas pela fiscalização, apenas as correspondentes às saídas de mercadorias tributadas. .

Portanto, no caso em comento, as alegações recursais quanto à composição da base de cálculo do imposto apurado nas presunções de omissões de saídas, estão alinhadas e de conformidade com o atual entendimento deste CONSEF.

Concordaram a ilustre JJF em considerar e aplicar, apenas, o percentual de saídas de mercadorias tributadas, conforme detalhado nas planilhas às fls. 71 a 82, em consequência depurando-se do montante autuado, a parte correspondente às operações com mercadorias isentas, não-tributadas e com imposto pago pelo regime de substituição tributária. Resulta então para esta infração 1, o valor de R\$11.752,80, já considerada a manutenção de crédito de 8%.

Com respeito à infração 2, sobressai nos autos que, efetivamente foram emitidas notas fiscais D-1, em lugar do Cupom Fiscal, em situações normais nas quais não se configuraram as exceções previstas no § 2º do inciso II do art. 238 do RICMS-BA/97, as quais ocorreriam por sinistro ou por razões técnicas, estas últimas devidamente comprovadas por Atestado de Intervenção Técnica do equipamento e consignada no RUDFTO a devida anotação. Em havendo solicitação do consumidor, o recorrente deverá anexar a primeira via do cupom fiscal pelo ECF à via fixa da nota fiscal emitida, consignando na mesma o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Ausentes, portanto não carreados aos autos quaisquer documentos que atestassem a intervenção no equipamento ECF por empresa credenciada, ou a ocorrência de sinistro que impedisse o funcionamento do ECF, conforme previsto no aludido dispositivo regulamentar.

Não acato o pedido de transformação da multa aplicada, conforme foi requerido pelo recorrente, por entender que a infração fora devidamente caracterizada e não restou evidenciado nos autos como quer aduzir a defesa, que não ocorrera prejuízo ao erário. Entretanto, verifico que a Lei nº 10.847/07 de 27/11/07, a qual alterou o art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96, reduzir o percentual da multa aplicada neste caso, de 5% para 2% e, desta forma, deve ser adequada à penalidade em consonância com o que dispõe o art. 106, II, “c” do CTN.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, reduzir à multa referente à infração 2 para 2% no valor de R\$696,33.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0907/06-2**, lavrado contra **MERCADINHO DSS LTDA. (MERCADINHO AMORIM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.752,80**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$696,33**, correspondente a 2% do valor da operação, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, do supracitado dispositivo legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benéfica, conforme o art. 106, II, “c”, do CTN, e com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS