

A. I. Nº - 130076.0010/07-7
AUTUADO - JFS SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - PAULO DAVID RAMOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 21/02/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-03/08

EMENTA: ICMS. 1. 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. Infração Subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Alterado o percentual da multa exigida e excluídos da exigência fiscal os meses em que o autuado esteve dispensado do uso de ECF, por ser microempresa 1. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, refere-se à exigência de R\$6.340,30 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.437,34 em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: 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. Valor do débito: R\$6.340,30.

Infração 02: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo exigido multa no valor de R\$1.437,34.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 189 a 195), alegando que toda a venda realizada é acompanhada de emissão de Nota Fiscal, e contabilizada no livro Registro de Saídas, e o cartão de crédito é apenas uma modalidade de pagamento, dentre as inúmeras existentes no mercado. Entende que houve equívoco do autuante por que não considerou a sua receita bruta mensal, consubstanciada nas Notas Fiscais de Saídas devidamente lançadas e contabilizadas em sua escrita fiscal. A título de exemplo, cita o mês de janeiro de 2006 em que o autuante aponta omissão de saídas no valor de R\$7.445,00, enquanto o total das saídas tributadas no mencionado mês foi de R\$14.719,76, incluindo as vendas com cartão de crédito, ocorrendo a mesma situação em relação aos demais meses. Assim, o impugnante afirma que inexiste omissão de saída de mercadoria tributável, ao contrário do apurado pelo autuante. Argumenta que um dos pilares do Sistema Tributário Nacional é o princípio constitucional da reserva legal tributária, conforme art. 150, I da Constituição Federal de 1988. Diz que a hipótese de incidência do ICMS é a

realização de um negócio jurídico tendo como objeto a circulação de mercadorias, e inexistindo operações relativas à circulação de mercadorias não se pode falar em cobrança de ICMS. Reproduz ensinamentos de Roque Antônio Carrazza e afirma que no presente caso não há qualquer prova nem indício da ocorrência de hipótese de incidência do ICMS. Entende que restou comprovado nos autos que a receita bruta englobou os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, e não pode prevalecer tributação por presunção. Apresenta o entendimento de que não se trata de presunção legal, sendo necessário para a procedência do presente Auto de Infração, a comprovação da prática da irregularidade apontada, ou seja, o ônus da prova é do Estado, não se podendo exigir do autuado a produção de provas referentes a fatos negativos. Diz que neste sentido, o STJ já se manifestou. Pede a improcedência da infração 01. Em relação à infração 02, o defensor alega que o lançamento é descabido, porque à época, por se tratar de microempresa, estava dispensado da obrigatoriedade da utilização do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, tendo emitido notas fiscais de saídas das mercadorias tributáveis. Afirma que a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal se aplica ao caso em questão, e requer a improcedência da segunda infração. Por fim, o defensor requer que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 240 a 242 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que a apuração das diferenças encontradas na infração 01 está em conformidade com os valores informados mensalmente pelas administradoras. Foram examinadas e comparadas as reduções “Z” diárias com os valores informados pelas administradoras de cartões, conforme planilhas e demonstrativos acostados aos autos. Diz que foram também relacionadas todas as Notas Fiscais de Venda a Consumidor, além de cópias de todos os cupons redução “Z”, inclusive aqueles com a discriminação do meio de pagamento. Salienta que foi concedido o crédito presumido de 8%, por se tratar de empresa de pequeno porte, e assevera que a redução “Z” é um resumo de todas as operações ocorridas, constando o meio de pagamento, que resume a forma como o contribuinte recebeu os valores, ou seja, se o cliente pagou através de dinheiro, cheque, cartão, promissória, duplicata, vale etc. Quanto à infração 02, o autuante transcreve o art. 238, II e § 1º; art. 915, XIII-A, alínea “h” do RICMS/97. Argumenta que caberia ao contribuinte comprovar através dos cupons fiscais emitidos correspondentes aos meios de pagamento efetivamente utilizados. Finaliza, mantendo integralmente a exigência fiscal, por entender que a impugnação do contribuinte não se apóia nem se sustenta em provas materiais, contundentes e legítimas.

Considerando que não constava no PAF a comprovação de que o autuado recebeu as cópias do Relatório Diário de Operações TEF (fls. 19 a 70), esta 3ª JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse, mediante recibo, os mencionados Relatórios Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo, REABRINDO O PRAZO DE DEFESA.

Em cumprimento ao solicitado, o defensor foi intimado à fl. 247, cuja ciência está comprovada na própria intimação assinada pelo representante legal do autuado. Decorrido o prazo concedido, o defensor não se manifestou.

VOTO

A primeira infração trata 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 a dezembro de 2006, conforme demonstrativo à fl. 07.

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 deveria 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 possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Saliento que foi acostado aos autos e fornecidos ao defendant, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, o Relatório Diário Operações TEF (fls. 19 a 70), possibilitando fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Entretanto, decorrido o prazo concedido ao autuado para nova impugnação, o mesmo não se manifestou.

Utilizando os dados do mencionado relatório, o autuante elaborou o demonstrativo de fl. 07, tendo considerado os totais de vendas com cartões de débito/crédito, fornecidos pelas administradoras, comparando com as reduções “Z” do mesmo período.

O autuado alega que o autuante não considerou a sua receita bruta mensal, consubstanciada nas Notas Fiscais de Saídas devidamente lançadas e contabilizadas em sua escrita fiscal; que no presente caso não há qualquer prova nem indício da ocorrência de hipótese de incidência do ICMS; e que restou comprovado nos autos que a receita bruta englobou os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, e não pode prevalecer tributação por presunção.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que o defendant não comprovou a emissão de documentos fiscais correspondentes aos valores informados pelas administradoras de cartões de débito/crédito e o imposto foi exigido por presunção legal estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, já reproduzido neste voto, cabendo ao autuado comprovar a improcedência da presunção.

Vale salientar, que os argumentos defensivos 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, conforme estabelece o art. 123 do RPAF/99.

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 7.753/98. Portanto, os cálculos efetuados pelo autuante, estão de acordo com a legislação em vigor.

Entendo que ficou caracterizada a infração apontada e o sujeito passivo não apresentou quaisquer elementos que comprovem a efetiva existência de documentos fiscais e respectivos boletos, para elidir a exigência fiscal. Portanto, é subsistente a infração, nos valores apurados pelo autuante na planilha de fl. 07.

Infração 02: Exigência da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, 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, no exercício de 2006, conforme demonstrativos às fls. 11 a 14.

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 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.

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.

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

O autuado alega que à época era microempresa, e por isso, estava dispensado do uso de ECF. Entretanto, de acordo com o histórico de sua condição cadastral nesta SEFAZ, o autuado esteve inscrito como microempresa 1 até 31/03/2006, tendo em vista que a partir de 01/04/2006 passou para microempresa 2.

O § 2º do art. 824-B do RICMS/97 estabelece que os contribuintes enquadrados na condição de microempresa com receita anual superior a R\$144.000,00 deveriam utilizar ECF para documentar as operações de vendas de mercadorias. Neste caso, a faixa de receita bruta prevista na legislação para uso de ECF é a partir de microempresa 2.

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.

(...)

§ 3º Não se exigirá o uso do ECF:

III - aos contribuintes do ICMS enquadrados na condição de microempresa cuja receita bruta anual não exceda a R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais). Redação vigente à época dos fatos.

Observo que somente em relação aos meses de janeiro a março do exercício fiscalizado (2006) é

que o defendantesteve dispensado do uso de ECF, podendo emitir Notas Fiscais D-1 em lugar do documento fiscal decorrente do uso de ECF. Assim, a multa originalmente exigida deve prevalecer somente para os meses de abril a dezembro de 2006.

Saliento que o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea "h" do RICMS/97, e de acordo com o art. 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Por isso, entendo que deve ser reduzido o valor da multa exigida, conforme quadro abaixo:

MESES	VENDAS NFVC S/ EMISSÃO CF	MULTA 2%
JAN		-
FEV		-
MAR		-
ABR	98,47	1,97
MAI	66,47	1,33
JUN	49,37	0,99
JUL	988,17	19,76
AGO	720,04	14,40
SET	4.046,72	80,93
OUT	7.054,08	141,08
NOV	8.376,16	167,52
DEZ	6.694,46	133,89
TOTAL	28.093,94	561,87

Quanto às alegações do autuado de que jamais deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS, mesmo apesar de ter emitido outro documento fiscal; e 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.

Mantida parcialmente a exigência fiscal, no valor de R\$561,87, com a alteração do percentual da multa e exclusão dos meses de janeiro a março de 2006.

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 130076.0010/07-7, lavrado contra **JFS SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.340,30**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$561,87**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "h", da mesma Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR