

A. I. Nº - 157064.0053/06-6  
AUTUADO - CLÁUDIA CRISTINA RODRIGUES FEIO  
AUTUANTES - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA  
ORIGEM - INFAZ ATACADO

## RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0046-05/08, de 10 de junho de 2008, exarado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme solicitação à fl. 143 dos autos, de acordo com o previsto pelo art. 164, § 3º, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de Julho de 1999, para fim de retificação de erro material constante na Resolução, tendo em vista ter sido incluído no valor do imposto devido, o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória.

### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0046-05/08-A

**EMENTA:** ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDA DE MERCADORIA EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÃO NÃO REGISTRADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Infração não elidida. 2. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovada a emissão de notas fiscais em operações de vendas em veículo, o que elidiu em parte a imputação. O percentual de multa remanescente foi reduzido de 5% para 2% do valor da operação por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, c/c o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2006, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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, nos meses de janeiro a junho de 2006. Sendo exigido ICMS no valor de R\$11.088,52 e aplicada a multa de 70%;

INFRAÇÃO 2 - emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a junho de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$69,28.

O autuado apresenta defesa, fls. 21 a 23, discorrendo inicialmente sobre as circunstâncias em que fora autuado e transcreve as infrações e o enquadramento legal constante no Auto de Infração.

Afirma que em momento algum omitiu a receita de saída de mercadoria tributável e nunca emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal. Acrescenta também ter cumprido todos os esclarecimentos e entregue toda a documentação fiscal solicitada pela fiscalização.

Ressalta que as planilhas elaboradas pelo autuante e constantes do Auto de Infração onde figuram o demonstrativo de apuração mensal das vendas, fls. 08 a 15, não contemplam os valores exatos dos documentos por ele apresentados à fiscalização – fita de leitura da memória fiscal, reduções diárias e todas as notas fiscais de série D-1, emitidas no período fiscalizado de 01/01 a 30/06/2006. Arremata assegurando que também foram apresentadas ao autuante planilhas com demonstrativo das receitas com descrição analítica de todas as reduções “Z” e respectivos valores diários.

Diz que, em relação à emissão de nota fiscal de venda ao consumidor no período fiscalizado – infração 2, este fato somente ocorrera devido a problemas técnicos em seu equipamento emissor de cupom fiscal, entretanto, assevera que se encontrava amparado pelo § 2º do art. 238 do RICMS-BA/97 o qual transcreve, fl. 22.

Reafirma que os valores apurados pela fiscalização não consideraram todas as operações efetivamente demonstradas pela empresa, e com isso, ocorrera uma elevação significativa no valor da diferença entre os valores apurados pela fiscalização, resultando em um valor do ICMS muito superior ao realmente devido.

Reconhece a procedência em parte do Auto de Infração em relação ao valor do ICMS devido em consequência da diferença apurada conforme demonstrado no anexo nº 1, que diz anexar aos autos, fl. 41, onde consta o valor de R\$2.629,56.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte com o valor do ICMS devido ajustado de acordo com o valor por ele apurado no demonstrativo à fl. 41.

Na informação fiscal apresentada às fls. 51 a 52, o autuante, inicialmente tece comentários sobre as circunstâncias em que fora lavrado o Auto de Infração descritas pela defesa, enfatizando que tais observações, objetivamente, não carregou aos autos contribuição relevante alguma para o pretense esclarecimento dos fatos.

Em relação à infração 01, observa que a defesa fala de inconsistência dos valores apurados através das planilhas elaboradas pela fiscalização sem demonstrar de forma clara e precisa as aludidas inconsistências citadas. Diz que o autuado afirma ser o imposto devido muito inferior ao apurado, reconhecendo em parte o imposto devido conforme seu demonstrativo intitulado Anexo - 1, fl. 41, sem, do mesmo modo, precisar a origem da apuração.

Em relação à infração 2, ressalta que o autuado alega ter usado documento de controle fiscal diferente do que está obrigado, em decorrência de problemas técnicos e que estava amparado pelo § 2º do art. 238 do RICMS-BA/97, no entanto, não apresenta documento algum comprovando as aludidas dificuldades técnicas do equipamento, ou seja, o Atestado de Intervenção.

Finaliza o autuante mantendo integralmente o Auto de Infração.

Em pauta suplementar, por unanimidade, os membros da 4ª JFJ, considerando que não consta nos autos a cópia do Relatório de Informações TEF – Diários – Operações, contendo todas as operações individualizadas e nem a comprovação de seu recebimento pelo autuado, converteu o PAF em diligência, fl. 55, a fim de que fosse apensado aos autos e fornecido ao autuado, mediante recibo, cópia dos referidos relatórios, bem como fosse esclarecido pelo autuante a origem dos valores constantes na coluna “Apuradas na Redução Z”, fl. 08, e consignados nas planilhas fls. 11 a 15 e reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Atendida a diligência, verifica-se que a cópia do Relatório de Informações TEF – Operações

Diárias, foi apensada aos autos, fls. 57 a 118, o autuante colacionou à fl. 119, informação esclarecendo que os valores constantes da coluna “Apuradas em Redução Z” dizem respeito às vendas realizadas pela empresa e registradas em seu equipamento de controle fiscal, como sendo vendas através de cartão de crédito e de débito, que tais valores resultam da transposição dos dados da planilha constata das fls. 11 a 15.

Consta à fl. 121 que o autuado fora intimado para entrega de cópia do Relatório TEF e conhecimento do resultado da diligência, entretanto não se manifestou.

#### **VOTO**

A infração 1 versa sobre a omissão de saídas de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela administradora de cartão de crédito e de débito.

Verifico que o levantamento realizado pelo autuante, fl. 08, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e de débito apurada através da “Redução Z” e de notas fiscais D-1, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas 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 § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de assegurar o direito do contribuinte à ampla defesa e contraditório, deliberou em pauta suplementar pela conversão do processo em diligência à INFAZ - ATACADO, a fim de que fossem colacionadas aos autos e entregues ao autuado cópias dos Relatórios de Informações TEF diário por operações, bem como fosse demonstrado pelo autuante a origem dos valores constantes na coluna “Apuradas na Redução Z”, fl. 08 e consignados nas planilhas, fls. 11 a 15, e reaberto o prazo de defesa. Atendida a diligência, o autuado foi intimado para tomar ciência, no entanto, não se manifestou, fl.121.

A defesa diz discordar dos valores apurados pela fiscalização por não ter contemplado na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito”, fl. 08, os valores exatos de suas vendas mensais. Afirma que os valores corretos são os constantes de sua planilha “Controle de Faturamento e Crédito de Impostos” apensados aos autos no Anexo - 1, fl. 41, onde figuram os faturamentos mensais de janeiro a junho de 2006 e o ICMS devido no valor de R\$2.629,56.

Verifico, compulsando as planilhas apresentadas pela defesa, fls. 42 a 47, que embasaram a conclusão de que a diferença entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito e as vendas por meio de cartões de crédito e de débito no valor de R\$29.217,38, que gerou o débito de ICMS no valor de R\$2.629,56, Anexo - 1, fl. 41, não demonstram e nem comprovam se nelas somente foram elencadas as operações de vendas, exclusivamente por meio de cartões de crédito e de débito. Portanto, não servem como prova em favor do autuado. Eis que é fundamental para elidir a acusação fiscal que as operações comparadas com as informadas no Relatório Diário de Operações TEF, sejam, comprovada e exclusivamente, realizadas com pagamento através de cartões de crédito e de débito, como foram as apuradas pela fiscalização como informa o autuante, fl. 119.

Ressalto que além de superado o óbice da ausência da cópia do Relatório Diário de Operações TEF, fls. 121, foi facultado ao autuado a oportunidade de se manifestar de forma objetiva e apontar de maneira inequívoca quais as operações que não foram realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito e que foram consideradas no levantamento efetuado pela fiscalização, comprovação essa, no meu entendimento, imprescindível para elidir a acusação fiscal.

A não manifestação do autuado impede qualquer modificação no lançamento, ora em lide, vez que o lançamento encontra-se devidamente caracterizado.

Observo que foram também deduzidos, no cálculo do débito mensalmente apurado no

levantamento fiscal os valores correspondentes ao crédito presumido de 8%, previsto no § 1º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98, vigente à época dos fatos geradores, percentual este previsto para o cálculo de ICMS a recolher, quando verificada a infração em foco, para as empresas inscritas no Regime Simplificado de Apuração de Imposto - SimBahia.

Assim, considero a infração 1 subsistente.

Em relação à infração 2, que cuida da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o contribuinte.

Nos termos do artigo 824-B, do RICMS-BA/97, 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. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de equipamento emissor de Cupom Fiscal.

Em sua defesa, o autuado, tão somente, faz referência de que emitiu nota fiscal de venda a consumidor, série D-1, “devido aos raros fatos ocorridos de imprevistos com problemas técnicos no equipamento emissor do cupom fiscal” e que, por isto, encontrava-se amparado pelo § 2º do art. 238 do RICMS-BA/97.

Concordo com o autuado quanto às circunstâncias em que é facultado ao contribuinte usuário obrigatório de equipamento emissor de Cupom Fiscal a emissão de outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal, que são preconizadas pelo art. 238 do RICMS/BA, a seguir transcrito:

*“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:*

[...]

*§ 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.”*

Conforme se depreende da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, apenas nos casos de sinistro ou razões técnicas pode haver a substituição do Cupom Fiscal por outro documento fiscal. Entretanto, no caso em exame, a defesa não carrou aos autos quaisquer elementos que caracterizassem de forma inequívoca tais ocorrências. Ou seja, caberia ao autuado apresentar o Atestado de Intervenção fornecido por empresa de manutenção do equipamento credenciada pela SEFAZ, confirmando e especificando os procedimentos corretivos adotados. Na ausência dessa imprescindível comprovação, a indicação de problemas técnicos no equipamento apontados na defesa remanesce como mera alegação, desprovida, portanto, de condão para elidir a acusação fiscal.

Assim, não restando dúvida que o autuado estava obrigado a emitir o cupom fiscal e emitiu outro documento fiscal considero correta a aplicação da multa de 5% sobre o valor da operação, conforme previsão da alínea “h” do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, tendo em vista a redução da multa de 5% para 2%, promovida pela Lei nº 10.847 de 28/11/2007, alterando a alínea “h” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, entendo que no presente caso deve ser aplicado o preceito disposto na alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do Código Tributário Nacional – CTN, que institui a retroatividade benigna nos casos ainda não definitivamente julgados em que lei tributária imponha a ato ou fato pretérito penalidade menos gravosa que a prevista na lei vigente ao da sua prática.

Assim, aplicando-se a multa de 2% ao valor das operações em que o autuado emitiu documento fiscal diverso do que estava obrigado, o valor do débito que era de R\$69,28, passa para R\$27,72, conforme demonstrativo de débito.

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 2

DATA OCORR.	DATA VENCIM.	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VAOR DEVIDO
31/01/06	09/02/06	250,23	0,0%	2,0%	5,00
28/02/06	09/03/06	40,72	0,0%	2,0%	0,81
31/03/06	09/04/06	157,32	0,0%	2,0%	3,15
30/04/06	09/05/06	304,89	0,0%	2,0%	6,10
31/05/06	09/06/06	31,10	0,0%	2,0%	0,62
30/06/06	09/07/06	601,81	0,0%	2,0%	12,04
<b>TOTAL</b>					<b>27,72</b>

Por isso, considero restar parcialmente caracterizada a infração 2.

Ante o exposto concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações 1 e 2. Em relação à infração 2 foi aplicada a retroatividade benigna com base na Lei nº 10.847/07.

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 157064.0053/06-6, lavrado contra **CLAÚDIA CRISTINA RODRIGUES FEIO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.088,52**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$27,72**, prevista no mesmo artigo, inciso XIII-A, “h”, da citada Lei, reduzida de ofício por força da aplicação da retroatividade benéfica com base na Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR