

A. I. N° - 120208.0907/06-1
AUTUADO - M. LOPES DA SILVA
AUTUANTE - IVAN DIAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 01.07.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0156-02/08

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Na conclusão da ação fiscal foi anexado ao processo um CD-ROM contendo os TEF diários por operações, sendo entregues ao autuado, sem a comprovação da origem das diferenças apuradas. Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Infração não elidida, porém, o débito foi diminuído, mediante revisão fiscal, adotando-se o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa 56/2007. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi justificado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Não foi acatado o pedido para cancelamento ou a redução da multa, por restar caracterizada a falta de recolhimento do imposto no período. Contudo, o valor da multa ficou modificado, por erro de cálculo com fulcro na Lei n° 10.847/07. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/2006, para exigência de ICMS e MULTA no valor total de R\$12.930,22, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$12.603,34, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro a junho de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls. 07 a 12.

2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no período de janeiro a junho de 2006, sujeitando à multa no valor de R\$ 326,88, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas. (docs. fls. 13 a 17).

O autuado, por seu representante legal, às fls. 24 a 63, comentou sobre o princípio da legalidade objetiva, dizendo que o § 1º do artigo 18 do RPAF/99, prevê que as eventuais incorreções e omissões, ou a não-observância de exigências meramente formais, devem ser objeto de revisão fiscal para saná-las, porém, que os vícios de natureza substancial existentes no processo impõem a nulidade da autuação.

Salienta que se assim não for o entendimento do órgão julgador, que seja observado que os demonstrativos elaborados pela fiscalização impedem de exercer a ampla defesa e o contraditório, isto porque, não são auto-explicativos, nem claros, e não informam, o dia, a administradora do cartão, o número da autorização, o valor da operação, e a natureza da operação (débito ou crédito).

Nesse sentido, citou a jurisprudência no âmbito do judiciário, e também do CONSEF representadas nos Acórdãos CJF nº 0033-12/05; JJF nº 0159-04/05; CJF nº 0270-11/05; CJF nº 0034-12/05; JJF nº 0492-02/04; JJF nº 0505-04/04.

Prosseguindo, invocou o artigo 39, III, do RPAF/99, para argüir falta de clareza na descrição do fato que lhe foi imputado, e que não foi apresentado nenhum documento de emissão das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, com a discriminação dia a dia, para pudesse analisar e demonstrar que houve equívoco na autuação, citando julgamentos pelo CONSEF em que foram consideradas nulas autuações que implicaram cerceamento de defesa por não conterem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0045/99; 1.079/99; 0062-05/05; 0094-01/05; CJF nº 0071-11/05.

No mérito, alega que a maioria dos produtos comercializados por seu estabelecimento não sofre tributação nas saídas por estar incluído no artigo 14, do ICMS/97 como isentos, tais como: produtos hortícolas; frutas, verduras; produtos agropecuários e produtos comestíveis resultantes da matança de caprinos e ovinos, pescado, farinha e cereais como feijão e arroz.

Diz que além desses produtos também comercializa com mercadorias que não sofrem tributação nas saídas em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária (bebidas, refrigerantes, iogurtes, bolachas, cremes dentais, absorventes, sandálias, etc).

Além disso, explica que comercializa com grande quantidade de mercadorias que faz parte da cesta básica, e é tributada à alíquota de 7%, e também com produtos que têm sua base de cálculo reduzida nas saídas em 29,41% (óleo de soja); e em 58,82% (açúcar e charque).

Por conta desses argumentos, considerou inadequado o roteiro de fiscalização adotado pela fiscalização, citando julgamentos nesse sentido, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0095-02/05; 0029-02/05; 0023-02/05 e CJF nº 0203-11/05 e 0272-12/06, todos transcritos.

Esclarece que possui equipamento emissor de cupom fiscal registrado na SEFAZ, que é operado por funcionários que não estão devidamente qualificados, e não utilizam no processamento das vendas a forma correta quando a venda é feita através de cartão, registrando-a como se fosse venda em “dinheiro”. Diz que para comprovar essa informação está anexando um demonstrativo onde as vendas através de ECF-MR são maiores do que os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito. Informa que também está anexando, por amostragem, alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminais Eletrônicos das Administradoras de Cartão de Crédito, onde a emissão do cupom fiscal emitido

constando a expressão “dinheiro”, corresponde ao mesmo valor da operação através de cartão de crédito.

Frisa que não existe obrigatoriedade na legislação tributária de guardar os comprovantes de débito e/ou crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras, para apresentar à fiscalização, bem assim de demonstrar quanto vendeu em cartão. Mesmo assim, dizendo que as bobinas dos ECF-MR e comprovantes de débito/crédito encontram-se à disposição do fisco, requer uma diligência fiscal para examinar dita documentação.

Citou três hipóteses em que ocorrem na operação do ECF: 1) o cliente efetua suas compras e o operador digita a operação “dinheiro; 2) o cliente efetua o pagamento com dois cartões de crédito; 3) o pagamento é efetuado parte em “dinheiro” e parte em cartão de crédito.

Com esses argumentos, o defendente argumenta que o resultado apurado pela fiscalização não retrata a realidade dos fatos, faltando certeza e liquidez ao lançamento, pois o valor das vendas totais do estabelecimento é maior do que o valor fornecido pelas administradoras dos cartões. Transcreveu os Acórdãos JJF nº 0202-04/05; e CJF nº 0333-11/05, que decidiram pela nulidade da autuação por falta de certeza e liquidez do lançamento.

Prosseguindo, aduz que o autuante utilizou inadequadamente o roteiro de fiscalização, em virtude da natureza da atividade da empresa e da mesma comercializar em média com 50% de mercadorias isentas, com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária.

Salienta que o CONSEF vem aceitando o critério da proporcionalidade entre as saídas das mercadorias tributadas, isentas, cesta básica, que tem redução da base de cálculo e saídas que já sofreram tributação pelo regime de antecipação tributária e/ou substituição tributária. Citou o julgamento através do Acórdão CJF nº 0291-12/06, pedindo que seja obtido junto à Secretaria do CONSEF uma cópia e juntado ao processo.

Requer, caso não sejam acatadas as preliminares de nulidades, que seja solicitado ao autuante que efetue a demonstração analítica das entradas de mercadorias efetuadas através das notas fiscais de compras, constando o valor das compras de mercadorias isentas e das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, para que sejam calculados os percentuais referentes às entradas de cada tipo de mercadoria, e aplicado o critério da proporcionalidade sobre a exigência fiscal.

Diz que considerando como acatado o seu pedido para aplicação da proporcionalidade, realizou o levantamento referente aos meses objeto da autuação, tendo apurado:

MÊS	% N/TRIB./ANTEC.	% MERC.TRIB.	VL.ICMS LANÇADO	VL.ICMS PROPORC.
jan/06	55,21	44,79	1.595,40	714,57
fev/06	56,79	43,21	1.779,86	769,07
mar/06	50,90	49,10	2.265,00	1.112,11
abr/06	53,66	46,34	2.261,48	1.047,97
mai/06	52,89	47,11	2.339,94	1.102,34
jun/06	50,63	49,37	2.361,66	1.165,95
		TOTAIS	12.603,34	5.912,01

Quanto a infração 02, alega que todas as notas fiscais série D-1 emitidas foram autorizadas pela SEFAZ, e sua emissão decorreu do motivo de constante falta de energia na área em que está estabelecida fisicamente a empresa ou por defeito técnico do equipamento.

Pondera que de acordo com decisões recentes do CONSEF em casos análogos a esta infração, foi reduzido e até dispensado o valor da multa que foi aplicada, conforme Acórdãos JJF nº 0049-02/05; e CJF nº 0167-12/05; 0197-12/05; 0198-12/05; e 0206-12/05, tendo requerido que seja solicitada da Secretaria do CONSEF cópias na íntegra das citadas Resoluções.

Por fim, requer a nulidade da infração 01, e caso não seja acatado este pedido, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade conforme demonstrativo elaborado e consoante decisão através do Acórdão CJF nº 0291-12/06. Quanto a infração 02, requer a redução da multa para o valor de R\$50,00, com fundamento no parágrafo 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/97 e art. 158 do RPAF/99.

Na informação fiscal à fl. 979, o autuante diz que, tendo em vista a alegação defensiva de que não recebeu as informações detalhadas sobre as vendas informadas pelas administradoras de cartão, está juntando ao processo o Relatório Diário Operações TEF para que seja fornecido ao autuado, conforme documentos às fls. 980 a 1.233.

Conforme intimação e AR dos Correios (docs.fls. 1.234 a 1.235), foi encaminhada ao autuado uma cópia da informação fiscal e dos Relatórios TEF, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para a sua manifestação.

Às fls. 1.237 a 1.241, o autuado se manifestou inicialmente reiterando todo o teor de seus argumentos apresentados em sua defesa inicial, e acrescentando que a atitude do autuante é uma confissão que não anexou o citado relatório quando da lavratura do auto de infração, caracterizando o cerceamento de defesa.

Ressalta que os documentos apensados à informação fiscal não foram entregues no momento da ciência da autuação, e por se tratar de elementos essenciais para o lançamento do crédito tributário, requer ao órgão julgador a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias ao invés de 10 (dez) dias conforme constou na intimação.

Aduz que o autuante durante a fiscalização não examinou as bobinas de ECF para verificar que em todas elas constam operações registradas como “dinheiro” e que existem na mesma data o valor correspondente nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito. Diz que as bobinas encontram-se à disposição para confrontar os valores dos cupons fiscais com os valores constantes no Relatório TEF, e se restar alguma diferença, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade.

Chama a atenção de que a informação fiscal prestada pelo autuante não obedeceu ao disposto no § 6º do art.127 do RPAF, e por isso, pede que seja aplicado o que prevê os artigos 140 e 142 do RPAF/99.

Pede também que seja realizada uma diligência fiscal a ser realizada pela ASTEC para que sejam respondidos os seguintes quesitos:

1. “Existiram operações registradas como se fossem "à dinheiro" nas bobinas do ECF cujos valores confrontados na mesma data com o Relatório das Administradoras são iguais?
2. Existe possibilidade do funcionário da autuada quando da operação de compra por parte do cliente acionar a tecla "dinheiro" constante no ECF e o cliente pagar em cartão?
3. Se, acontecendo a resposta SIM à pergunta anterior, as informações prestadas pelas Administradoras ficam divergentes das operações constantes das reduções "Z" apresentadas pela autuada?
4. Existem no processo fiscal cupons fiscais emitidos por ECF, constando como meio de pagamento a expressão "dinheiro" e que estão acompanhadas de comprovantes de pagamento em cartão de crédito e/ou débito?
5. Após examinar as bobinas de ECF utilizadas no período fiscalizado o Auditor diligente constatou que houve emissão de cupom fiscal constando a expressão "à dinheiro" e foi apurada na Informação prestada pela Administradora

operação através de cartão no mesmo valor e data?

6. Há, no Regulamento do ICMS do Estado do Bahia previsão de obrigatoriedade do contribuinte guardar ou conservar comprovantes de operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito assinados pelos clientes?
7. Caso a resposta à pergunta anterior seja SIM qual o artigo do RICMS e da Lei que obriga o contribuinte a guardar ou conservar comprovantes de operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito assinadas pelos clientes?”

Quanto a infração à infração 02, requereu que seja levado em consideração o fato de que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, e em atenção aos princípios de Igualdade, Eventualidade, Equidade e Razoabilidade, não tendo havido prejuízo ao Erário Público, e nem implicado em falta de recolhimento do ICMS, que seja reduzida a multa para R\$50,00, com fundamento no parágrafo 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/97 e art. 158 do RPAF/99.

Em nova informação fiscal (fl. 1.245), o autuante esclarece que na informação anterior foram anexados os Relatórios Diários de Operações por TEF, onde constam todas as operações de todas as Administradoras de cartões, permitindo o confronto com aquelas operações informadas pelo contribuinte através de suas Reduções “Z”. Observou que, na página 66 do processo, é possível se constatar que no campo meio de pagamento existe o registro de operação com cartão no valor de R\$159,52, o que vai de encontro com a alegação defensiva de que o seu ECF não tinha este meio de pagamento implantado.

Conforme despacho à fl. 1.249, na pauta suplementar do dia 15/03/2007, o processo foi baixado em diligência pelo então Relator, para que fossem adotadas as seguintes providências:

“a) Fornecer ao autuado, mediante recibo, cópia do presente despacho, para que seja reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) para que o autuado, com base no Relatório TEF – Diário por operação que já lhe fora entregue, apresente sua defesa comprovando sua alegação, ou seja, discriminando, como fizera por amostragem, fls. 527 a 595, todas as operações de vendas pagas com cartões de crédito ou de débito que, por equívoco, registrou em seu ECF como sendo pagas em dinheiro;

b) Transcorrido o prazo legal para manifestação do autuado, caso ele apresente a comprovação solicitada, deverá o autuante, na forma do inciso I do art. 15 do RPAF/99, prestar nova informação fiscal”.

Consta à fl. 1.251 que fora expedida uma intimação para o autuado na Rua Euzébio de Queiroz, 55, Liberdade, Salvador, porém sem entrega ao mesmo, sendo declarado no verso da mesma que no endereço citado encontrava-se outro contribuinte, Rede Bairro Indústria e Comércio Ltda., IE nº 73.005.980 e CNPJ nº 07.218.114/0005-85.

O autuado foi devidamente intimado (fl. 1.252), declarando que tomou ciência da intimação para apresentar por amostragem todas as operações pagas com cartão de crédito e do teor do despacho da diligência, tendo se manifestado às fls. 1.258 a 1.268, dizendo que já apresentou as cópias dos cupons fiscais emitidos por ECF, constando como meio de pagamento a expressão “dinheiro”, acompanhadas de comprovantes de pagamento em cartões de crédito e/ou débito, conforme fls. 527 a 595 do processo.

Reiterou suas alegações anteriores quanto ao uso do ECF por funcionários não qualificados, acionando, nas operações com cartões, a tecla “dinheiro”, transcrevendo trecho do voto proferido pelo Relator Álvaro Barreto Vieira através do Acórdão CJF nº 0272-12/06, que considerou inadequado o roteiro de fiscalização em razão do ECF-MR não discriminar nas reduções Z as vendas pagas com cartões de crédito e/ou débito.

Diante disso, requereu que seja realizada perícia fiscal pela ASTEC/CONSEF para que sejam respondidos os seguintes quesitos?

1. “O equipamento fiscal ECF utilizado pela autuada no período fiscalizado teve implantado o meio de pagamento?
2. Existiram operações registradas como se fossem "à dinheiro" nas bobinas do ECF cujos valores confrontados na mesma data com o Relatório das Administradoras são iguais?
3. O equipamento fiscal durante todo o tempo fiscalizado discriminava nas reduções “Z” as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito?
4. Existe possibilidade do funcionário da autuada quando da operação de compra por parte do cliente acionar a tecla "dinheiro" constante no ECF e o cliente pagar em cartão?
5. Se, acontecendo a resposta SIM à pergunta anterior, as informações prestadas pelas Administradoras ficam divergentes das operações constantes das reduções "Z" apresentadas pela autuada?
6. Existem no processo fiscal cupons fiscais emitidos por ECF, constando como meio de pagamento a expressão "dinheiro" e que estão acompanhadas de comprovantes de pagamento em cartão de crédito e/ou débito?
7. As vendas efetuadas pela autuada pagas mediante cartão de crédito e/ou débito constantes nas reduções “Z” no período fiscalizado foram sempre zero?
8. As reduções “Z” auditadas pelo autuante registravam algum valor referente a venda por cartão?
9. Ante a peculiaridade do equipamento não discriminar nas reduções “Z” as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito é possível aplicar o roteiro de auditoria fiscal empregado pelo autuante? Ou seja, confrontar valores informados pelas Administradoras de cartão de crédito/débito com valores de vendas em cartão constantes das reduções “Z”?”

Requereu a aplicação do critério da proporcionalidade previsto item 1da Instrução Normativa nº 56/2007, e transcreveu os votos dos julgamentos através dos Acórdãos CJF nº 0291-12/06 e 0209-01/07, que decidiram nesse sentido.

Ao final, diz que caso não sejam acatadas as preliminares de nulidade de que os demonstrativos fiscais não apontam discriminadamente qual foi a venda efetuada através de cartão de crédito/débito que foi realizado sem emissão do cupom fiscal; e de uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo de negociar com mercadorias com várias situações tributárias, requer que, sejam deduzidos da base de cálculo apurada pelo autuante, os valores constantes na redução “Z” que foram registrados como “dinheiro”, e da diferença apurada, seja aplicado o princípio da proporcionalidade conforme demonstrativo elaborado anteriormente.

Quanto a infração à infração 02, pediu a redução da multa com base para R\$50,00, com fundamento no parágrafo 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/97 e art.158 do RPAF/99.

O autuante tomando conhecimento da impugnação apresentado pelo autuado diz que como foram fornecidas as informações diárias das Administradoras de Cartão, e como não houve, por parte do contribuinte provas de valores a diminuir do total lançado, havendo alegações genéricas, mantém integralmente seu procedimento fiscal.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 12/02/2008, conforme despacho às fls. 1.277 a 1.278, sendo decido pelo seu encaminhamento à ASTEC/CONSEF para que, quanto a infração 01:

1. Fosse intimado novamente o autuado a apresentar demonstrativo analítico contendo todas as operações diárias de vendas realizadas no período com cartão de crédito/débito que foram registradas no ECF no modo de pagamento “dinheiro”, e após conferi-lo com os respectivos documentos, procedesse a exclusão no levantamento fiscal (fl. 08) dos valores coincidentes.
2. Caso o autuado deixasse de atender à intimação expedida nos termos de item anterior, que fossem conferidos os documentos constantes no Anexo 05 (fls. 527 a 592), excluindo no levantamento fiscal à fl. 08, os valores registrados como “dinheiro” no cupom fiscal, coincidentes com os valores constantes no Relatório TEF Diário fornecido pelas administradoras de cartão de crédito/débito (fls. 980 a 1.233).
3. Fosse intimado o autuado a apresentar demonstrativo correlacionando os valores das vendas através de notas fiscais série D-1, relacionadas às fls.13 a 17, com os valores constantes no Relatório TEF diário, devendo serem excluídos do levantamento fiscal (fl. 08), apenas os valores que tenham coincidência entre si, não obstante o autuante ter excluído todas as notas fiscais.
4. Após o confronto dos valores dos cupons fiscais com os valores constantes no Relatório TEF diário, bem assim, das vendas com notas fiscais série D-1, resultante das providências constantes nos itens anteriores, se restasse alguma diferença, que fosse aplicado o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, tomando por base o percentual das saídas tributadas, ou na impossibilidade, sobre o montante tributável das entradas relacionadas no Anexo 02, fls.66 a 86, após sua conferência.
5. Apresentasse os respectivos demonstrativos, observando o direito do contribuinte quanto ao crédito presumido de 8% sobre a receita omitida, dada sua condição de microempresa no SIMBAHIA, e ao final, o demonstrativo de débito de cada período resultante das alterações efetuadas.

Quanto a infração 02, fosse informado se existe no estabelecimento a comprovação de que todas as notas fiscais série D-1 foram emitidas em decorrência de motivo de falta de energia na área ou por defeito técnico do equipamento.

A diligência foi devidamente cumprida conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 74/2008 (fls. 1.279 a 1.281), cuja conclusão foi a seguinte:

Inicialmente foi informado que o estabelecimento não fora localizado no endereço constante no PAF, motivo pelo qual a intimação fora entregue no escritório de contabilidade cadastrado na SEFAZ (fl. 1287).

Em seguida, informou que examinou os documentos apresentados, constatando:

“Quanto à infração 01 – O autuado não apresentou os demonstrativos solicitados e declarou que “em nenhum momento a empresa informa pagamentos a cartão equivocadamente”. Por esta razão, não foi possível fazer exclusão alguma de valores coincidentes, complementando a solicitação do Senhor Relator no item 01 da DILIGÊNCIA À ASTEC/CONSEF.

O autuado apresentou tão somente três caixas contendo diversos rolos de bobinas de Cupons Fiscais emitidos no período, desacompanhados de qualquer demonstrativo, as quais foram analisadas, não sendo encontrados valores em dinheiro que já não tenham sido computados pela fiscalização, exceto os de fls. 1283/1284, com o valor de Base de Cálculo de R\$1.090,73, apurado por solicitação do Senhor Relator. Constatou-se do seu exame que além de vendas a dinheiro, há também registro de vendas com cheque e cartão (fls. 1288/1291).

Sobre o item 2 da solicitação de diligência – Considerando que o autuado não atendeu à intimação, deixando de apresentar o demonstrativo analítico contendo todas as operações, os documentos constantes das fls. 527 a 592 foram conferidos e os valores registrados como ‘dinheiro’ nos cupons fiscais coincidentes com os valores constantes no relatório TEF diário de fls. 980 a 1233, totalizando o valor de R\$1.090,73 que foi excluído do levantamento fiscal de fl. 08, conforme demonstrativos de fls. 1282/1284.

O Senhor relator determina excluir os valores coincidentes entre Notas Fiscais D1 (fls. 13 a 17) com valores coincidentes àqueles outros constantes no Relatório TEF diário de fls. 980 a 1.233. Todavia, o autuado não apresentou esses demonstrativos nem os documentos fiscais. Por esta razão, os valores mencionados (fls. 13 a 17 e 980 a 1233) foram confrontados, constatando-se coincidências entre datas e valores na quantia de apenas R\$90,43. Considerando a determinação de excluir do levantamento fiscal apenas os valores que tenham coincidência entre si, e considerando que a fiscalização excluiu R\$6.538,15, a diferença de R\$6.447,72 voltou a fazer parte da Base de Cálculo do Auto de Infração, conforme demonstrativos de fls. 08, 1282 e 1285.

Quanto à proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, os cupons de Leitura Z de fls. 90 a 201 apresentam as operações de saídas todas tributadas. Contudo, ao se examinar as notas fiscais de entradas acostadas ao PAF nas fls. 202 a 520 e 597 a 976, constata-se a existência de mercadorias com ICMS pago por antecipação, e por substituição tributária, cuja proporcionalidade foi apurada e demonstrada nas fls. 67 a 86, 1282 e 1286.

Sobre a infração 02, emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, o autuado não apresentou documento algum comprovando a falta de energia na área do estabelecimento ou defeito técnico do Equipamento emissor de Cupom Fiscal naquele período. Informou que não localizou tais comprovações (fl. 1292).”

Concluindo, o diligente ressalta que “O Senhor Relator solicita intimar o autuado para apresentar demonstrativos e documentos, examiná-los, proceder exclusões de valores coincidentes e aplicar o princípio da proporcionalidade tomando por base o percentual das saídas tributadas, ou na impossibilidade, sobre o montante tributável das entradas relacionadas no Anexo 02, fls. 66 a 86.

O autuado não apresentou demonstrativo algum nesta diligência, embora intimado. As notas fiscais D1 também não foram apresentadas.

As bobinas de cupons fiscais apresentadas foram examinadas, onde constatei a existência de operações com dinheiro, cheque e cartão, conforme demonstrado. Verifiquei, também, que os documentos de fls. 527 a 592 contêm valores com datas coincidentes com os do Relatório TEF de fls. 980 a 1233, no valor de R\$1.090,73, o qual foi excluído da B.C. do levantamento fiscal de fl. 08, conforme demonstrativo de fls. 1284 e 1286.

Quanto às notas fiscais D1, os valores coincidentes com os do Relatório TEF totalizam somente R\$90,43, sendo excluído do levantamento da fiscalização a diferença no valor de R\$6.447,72 e incluído na Base de Cálculo da apuração do ICMS, uma vez que a fiscalização excluiu da B. C. o valor de R\$6.538,15, correspondente a todas as notas fiscais D1.

*A proporcionalidade foi apurada com base nos documentos fiscais de entrada existentes no PAF, pois os documentos de saídas apresentam as operações todas tributadas. Desta forma, o débito original que era de R\$12.603,34 para a infração 01, fica reduzido para **R\$6.146,37**, salvo melhor juízo.*

Quanto à infração 02, o autuado não comprovou a falta de energia na área nem defeito técnico do equipamento que justificasse a emissão de notas fiscais em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal.”

Foram anexados ao supra mencionado Parecer ASTEC os seguintes demonstrativos: Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito (fl. 1.282); Demonstrativo dos valores registrados como “dinheiro”, coincidentes com os valores constantes no Relatório TEF (fl. 1.283); Diferença a ser incluída no levantamento fiscal (fl. 1.285); e Demonstrativo da proporcionalidade com base nas entradas (fl. 1.286).

Conforme intimação e AR dos Correios (fls. 1.295 a 1.296), o autuado foi cientificado do resultado da revisão fiscal, sendo entregues os documentos constantes às fls. 1.279 a 1.286, para no prazo de 10 (dez) dias se manifestar. No prazo estipulado, o autuado não apresentou qualquer manifestação sobre o Parecer ASTEC/CONSEF nº 74/2008.

VOTO

Os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração dizem respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos (infração 01), e a emissão de documentos fiscais em lugar daqueles decorrentes de uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, ou mais precisamente emissão de notas fiscais de venda a consumidor final em lugar de cupons fiscais (infração 02).

O débito da infração 01 encontra-se devidamente especificado na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” (fl. 08), na qual, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras (débito e cartão de crédito), os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z + as vendas apuradas através de notas fiscais; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; a dedução do crédito de 8% dada a condição de empresa enquadrada no SIMBAHIA; e finalmente, o ICMS devido. Além disso, consta ainda relação contendo as notas fiscais a e respectivos valores que foram emitidos em lugar do ECF (fls. 13 a 17), que serviram para o cálculo da multa formal de 5% sobre o valor das notas fiscais de que cuida a infração 02.

Pelo que consta no relatório deste processo, verifica-se que na fase de instrução do mesmo para fins de ser pautado para julgamento, foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, a pedido do órgão julgador (fl. 1.249), uma vez que na informação fiscal (fl. 1.245) foi anexado o Relatório Diário por Operações – TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), fls. 980 a 1.233, sendo entregue o mesmo ao autuado (fls. 1.234/5), de modo que o sujeito passivo apresentasse demonstrativo discriminando todas as operações de vendas pagas com cartões de crédito ou de débito que, por equívoco, registrou em seu ECF como sendo pagas em dinheiro.

O autuado não atendeu à citada intimação. Contudo, levando-se em considerações as demais alegações defensivas, notadamente que o estabelecimento comercializa, na sua maioria, com produtos isentos e com mercadorias que não sofrem tributação nas saídas em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada, pelo regime de substituição tributária; que existiram registros no ECF da operação como “dinheiro” que se referem a venda com cartão de crédito; o pedido do autuado para que fosse aplicado o critério de proporcionalidade previsto na IN 56/2007; e que a utilização das notas fiscais em lugar do ECF decorreu de motivo relacionado com falta de energia, o processo foi convertido em diligência, por fiscal estranho ao feito, para que fossem elucidadas definitivamente as questões suscitadas na defesa.

Desta forma, apreciando as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo, observo que no curso do processo as eventuais incorreções e omissões, ou a não-observância de exigências

meramente formais, foram devidamente saneadas, a pedido desta Junta, nos termos do § 1º do artigo 18 do RPAF/99, mediante objeto de revisão fiscal, tendo sido esclarecidas todas as questões suscitadas na defesa, inclusive a alegada falta de certeza e liquidez dos valores lançados no auto de infração, mais precisamente, a confirmação de que os demonstrativos elaborados pela fiscalização, a partir das diligências, não impediram o exercício da ampla defesa e do contraditório, isto porque, permitiram o perfeito entendimento da data da ocorrência, a administradora do cartão, o número da autorização, o valor da operação, e a natureza da operação (débito ou crédito). Por isso, entendo que a jurisprudência do CONSEF citada na defesa não se aplica ao presente processo.

Assim ficam rejeitadas as preliminares argüidas por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, em relação à infração 01, de acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos os caixas 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”.

Considerando que foi dada a oportunidade ao sujeito passivo para elidir a presunção citada através de diligência revisora do feito fiscal, para proferir o meu voto, tomo por base o resultado da revisão fiscal, conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 74/2008 (fls. 1.279 a 1.281), tendo em vista que foram esclarecidas todas as questões que foram objeto do despacho de diligência à fl. 1.277 a 1.278, cujo resultado do referido trabalho revisional do lançamento foi submetido ao autuado, conforme intimação e AR dos Correios (fls. 1.295 a 1.297), sem qualquer manifestação de sua parte, o que leva a conclusão de sua aceitação sobre o mesmo, haja vista a previsão legal (art. 140, do RPAF/99) de que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas.

Desta forma, tomando-se por base as informações constantes no citado Parecer ASTEC, concluo pela procedência parcial da infração 01, uma vez que:

1. o autuado não comprovou sua alegação apresentando os demonstrativos correlacionando os valores informados pelas administradoras com os valores registrados nos diversos modos de pagamentos no ECF, inclusive nas notas fiscais.
2. o revisor fiscal informou que após conferir a documentação apresentada pelo autuado constatou que não foram encontrados valores em dinheiro que já não tivessem sido computados pela fiscalização, exceto os de fls. 1283/1284, com o valor de Base de Cálculo de R\$1.090,73.
3. em virtude do autuado não ter atendido à intimação, deixando de apresentar o demonstrativo analítico contendo todas as operações, os documentos constantes das fls. 527 a 592 foram conferidos, e os valores registrados como ‘dinheiro’ nos cupons fiscais coincidentes com os valores constantes no relatório TEF diário de fls. 980 a 1233, totalizando o valor de R\$1.090,73 que foi excluído do levantamento fiscal de fl. 08, conforme demonstrativos de fls. 1282/1284.
4. foram excluídos os valores coincidentes entre Notas Fiscais D1 (fls. 13 a 17) com valores coincidentes àqueles outros constantes no Relatório TEF diário de fls. 980 a 1.233, constatando-se coincidências entre datas e valores na quantia de apenas R\$90,43. Por conta disso, seguindo a orientação do despacho de diligência, foram excluídos do levantamento fiscal apenas os valores que tinham coincidência entre si, e considerando que a fiscalização excluiu R\$6.538,15, a

diferença de R\$6.447,72 voltou a fazer parte da Base de Cálculo do Auto de Infração, conforme demonstrativos de fls. 08, 1282 e 1285.

5. conforme demonstrativos às fls. 67 a 86, e 1.282 a 1.286 foi adotado, para a apuração do imposto devido, o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, tomando por base as notas fiscais de entradas existentes no processo (fls. 202 a 520 e 597 a 976), pois os cupons de Leitura Z de fls. 90 a 201 apresentam as operações de saídas todas tributadas.

Desta forma, concluo, com base nos documentos anexados pelo revisor fiscal: Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito (fl. 1.282); Demonstrativo dos valores registrados como “dinheiro”, coincidentes com os valores constantes no Relatório TEF (fl. 1.283); Diferença a ser incluída no levantamento fiscal (fl. 1.285); e Demonstrativo da proporcionalidade com base nas entradas (fl. 1.286), que o débito da infração 01 fica reduzido para o valor de R\$ 6.146,37, pois o autuado foi cientificado deste valor e não se manifestou, levando-se à conclusão de sua aceitação sobre o mesmo.

Com relação a infração 02, a multa foi aplicada em virtude de, na condição de usuário de ECF, o autuado ter emitido notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal.

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

Noutras palavras, as condições de emissão de Cupom Fiscal por usuário de ECF, ou seja, a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor só é permitida nos seguintes casos:

1. Em decorrência de sinistro ou razões técnicas, esta última devidamente comprovada e consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica;
2. Quanto houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que a empresa deverá anexar a primeira via do documento fiscal emitido no ECF 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.

Desta forma, se ocorreu paralisação justificada do equipamento ou qualquer outro motivo, caberia ao autuado carrear aos autos os elementos de provas dessas circunstâncias. Apesar de o autuado não ter justificado o motivo para a emissão das notas fiscais concomitantemente com o equipamento emissor de cupom fiscal, mesmo assim, foi solicitado na diligência fiscal verificar se houve no período fiscalizado impossibilidade de uso do ECF, sendo informado pelo diligente que o estabelecimento possui equipamento emissor de cupom fiscal – ECF devidamente autorizado o seu uso, desde 18/10/2000, e no período autuado fez pouca utilização do mesmo, para emissão de cupom fiscal, acobertando as suas vendas basicamente com nota fiscal de venda a consumidor, série D-1, sem qualquer justificativa, ou seja, que não foi comprovado pelo autuado a alegada falta de energia na área nem defeito técnico do equipamento que justificasse a emissão de notas fiscais em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal.”

Em suas impugnações, o patrono do autuado solicitou o cancelamento da multa ou a sua redução, com fulcro no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. De fato o dispositivo legal citado prevê a possibilidade de cancelamento ou redução da multa quando ficar provado que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não tiver implicado falta de recolhimento do imposto. Se não há nos autos provas de que houve dolo, fraude ou simulação no procedimento do autuado, também não há nenhuma prova em sentido contrário. Resta então examinar se houve ou não falta

de recolhimento do imposto. Pelas conclusões da infração 01, restando comprovada a falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado, fica mantida a multa que foi aplicada. Contudo, considerando que o valor da multa foi calculado ao percentual de 5%, e tendo em vista que com o advento da Lei nº 10847/07 que alterou o art. 42, XIII A “h” da Lei nº 7014/06, a ocorrência em questão está sujeita a multa de 2%, adotando a retroatividade benigna da lei (art. 106, II “c” do CTN), fica modificado o valor da multa para R\$130,75 equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais, série D1, emitidas em lugar daqueles decorrentes do uso do ECF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito modificado conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2006	9/2/2006	4.271,59	17	70	726,17	1
28/2/2006	9/3/2006	4.849,59	17	70	824,43	1
31/3/2006	9/4/2006	6.731,65	17	70	1.144,38	1
30/4/2006	9/5/2006	6.628,71	17	70	1.126,88	1
31/5/2006	9/6/2006	6.721,00	17	70	1.142,57	1
30/6/2006	9/7/2006	6.952,53	17	70	1.181,93	1
31/1/2006	9/2/2006	728,13	-	2	14,56	2
28/2/2006	9/3/2006	1.653,13	-	2	33,06	2
31/3/2006	9/4/2006	735,74	-	2	14,71	2
30/4/2006	9/5/2006	1.955,62	-	2	39,11	2
31/5/2006	9/6/2006	1.142,63	-	2	22,85	2
30/6/2006	9/7/2006	322,90	-	2	6,46	2
TOTAL					6.277,11	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120208.0907/06-1**, lavrado contra **M. LOPES DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.146,36**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$130,75**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR