

A.I. N.º - 157064.0052/06-0
AUTUADO - ANTONIO ZENIVALDO RIOS ANDRADE
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INF AZ ATACADO
INTERNET - 03.10.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0243-02/07

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. 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. Imputação não elidida. **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. O contribuinte na condição de microempresa estava obrigado a utilizar o ECF em virtude de sua receita bruta anual ter excedido o limite previsto no art.824-B, § 2º e §3º, II, do RICMS/97. Mantida a multa com a sua adequação para o percentual de 2% sobre o montante das notas fiscais de saídas emitidas, por força da Lei nº 10.847 de 27/11/07 que alterou o inciso XIII-A alínea “h” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em obediência ao princípio da retroatividade benéfica da lei (art. 106, II, “c” do CTN). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2006, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$9.622,35, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$8.570,91, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho de 2006, conforme demonstrativo e documentos às fls. 05 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, nos meses de abril a junho de 2006, conforme demonstrativo às fls. 05 a 12, sujeitando à multa no valor de R\$1.051,44, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas.

O autuado às fls. 18 a 27, esclareceu que sua atividade é comércio varejista de mercearia e armazém, transcreveu as infrações, e ao final da infração 02, ressaltou que o enquadramento legal no art. 824-D, inciso II, do RICMS/97, não se relaciona com o fato descrito, suscitando, por isso, a nulidade deste item, por falta de fundamentação legal.

Em seguida, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

Infração 01 – Alega que no período fiscalizado se encontrava inscrito no SimBahia, enquadrado de janeiro a março de 2006 na faixa de receita bruta mensal entre R\$144.000,00 e R\$198.000,00, pagando o imposto no valor de R\$55,00, e de abril a junho, na faixa entre R\$198.000,00 a R\$252.000,00, recolhendo o imposto no valor de R\$120,00, na conta de energia elétrica, de acordo com o art.386-A, do RICMS/97, conforme documentos às fls. 28 a 30.

O defendente elaborou um quadro contendo o total mensal das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito, para demonstrar que o montante acumulado de janeiro a março foi de R\$54.348,33, aquém do limite máximo para a faixa de receita bruta prevista, no valor de R\$144.000,00/R\$298.000,00, concluindo que recolheu o imposto em valor fixo em conformidade com a faixa da receita bruta anual estimada. Salienta que ocorreria omissão de saídas se os valores das vendas informadas fossem superiores ao limite da receita bruta prevista.

Quanto ao trimestre de abril a junho, observa que a receita bruta acumulada alcançou o montante de R\$116.261,36, valor esse, inferior a faixa de R\$198.000,00/R\$252.000,00, cujo imposto foi recolhido na conta de energia elétrica.

Com esse argumento, afirma que em momento algum omitiu seu faturamento, aduzindo que descabe a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por entender que mesmo que o documento fiscal de saída tivesse sido emitido, não mudaria a condição de pagar o valor fixo determinado para cada faixa de receita bruta.

Salienta que se aplica a presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, quando a declaração de vendas pelo contribuinte for inferior às informações fornecidas por instituições e administradoras de cartões de crédito.

Informa que no período de junho de 2005 a junho de 2006, prestou as informações por meio da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), na forma prevista no § 2º do art. 355 do RICMS/97, deixando a entender que são estes valores que devem ser comparados com as informações das administradoras de cartões de crédito.

Diz que ainda não fez sua declaração de vendas para o exercício de 2006, pois somente o fará ao final do exercício conforme previsão legal, e por esse motivo, entende que somente após essa declaração é que é possível fazer a comparação com as informações das administradoras de cartões de crédito.

Frisa que não omitiu receita, e que é provável que termine o exercício com receita bruta inferior ao limite de R\$360.000,00, atual limite de faixa que vem recolhendo.

Analisando a planilha elaborada pelo autuante, diz que foi dado tratamento desigual em razão do modelo de documento fiscal emitido, pois foi considerado o total vendas com notas fiscais a consumidor, enquanto que no caso do cupom fiscal, considerou apenas, a partir da Redução Z emitidas no período, os valores indicados para o meio de pagamento “Cartão”, que no caso, não foi considerado nenhum valor.

Elaborou um quadro comparativo entre as vendas totais apuradas na Redução Z e em notas fiscais, com as vendas informadas pelas administradoras (fl. 24), e frisa que se foi aceita a totalidade das vendas com notas fiscais, também deve ser aceito os valores constantes na Redução Z (fl. 14).

Admitiu que ocorreram erros pelos seus funcionários quando da indicação do meio de pagamento em cupom fiscal, relativamente a vendas pagas com cartão de crédito porém registradas como “dinheiro”, situação que diz que pode ser analisada entre os cupons fiscais e as informações das administradoras.

Diz que o Protocolo ECF nº 04/01 e o Convênio ECF nº 01/01 dispõe sobre o fornecimento de informações prestadas por administradoras de cartão de crédito, e pede que sejam disponibilizadas as informações para análise do órgão julgador, e que a recusa deste pedido poderá ser interpretada como cerceamento do direito de defesa.

Diz, mais, que se o autuante confrontar operação por operação transacionada com as operadoras, com as fitas detalhe encontrará todos os cupons fiscais emitidos. Diz que esse procedimento é diferente do procedimento previsto para a presunção de que trata o § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96, pois aqui se realizaria o levantamento das operações transacionadas com cartão de crédito ou de débito, enquanto que lá se realiza levantamento de valores das vendas declaradas confrontadas com os valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Quanto a infração 02, invoca a legislação que disciplina a emissão de documento diverso do ECF, e alega que o ECF no período de 20 de abril a 10 de maio de 2006 esteve sob procedimento de intervenção técnica realizada por empresa credenciada pela SFEAZ/BA, e que nesse período foram emitidas notas fiscais de venda a consumidor final para as operações realizadas. Juntou como elemento de prova os documentos às fls. 32 a 35 referente a extratos da GEAFI Gerência de Automação Fiscal da SEFAZ/Ba.

Sobre esta questão o defendente elaborou apresentou dois cupons de leituras do ECF (fl. 27), chamando a atenção de que o Contador de Reinício de Operação (CRO) na Redução Z para o movimento do dia 19/04/06 é igual a “zero”, enquanto que o valor indicado na Redução Z para o movimento do dia 11/05/06 é igual a “004”. O incremento do valor do CRO indica a realização de intervenção técnica no ECF com ruptura de lacre e acesso às aéreas de Memória de Trabalho e de Memória Fiscal.

Pede a improcedência deste item, e caso não acatada, com base no § 7º do art.42 da Lei nº 7.014/96, que seja reduzida ou cancelada a multa, sob o argumento de que o descumprimento da obrigação acessória não implicou na falta de pagamento do imposto e não foi praticada com intenção de dolo, fraude ou simulação.

Por fim, requer a observação do § 1º do art. 18 do RPAF/99, na hipótese de juntada de novos elementos ao processo, e a improcedência da autuação 01 pelas razões de defesa apresentadas.

Na informação fiscal às fls. 39 a 40, o autuante mantém integralmente a sua ação fiscal, dizendo que em relação à infração 01, o autuado não consegue invalidar a autuação, que está baseada na venda de mercadoria, cujo pagamento foi efetuado através de cartão de crédito constante no equipamento de controle fiscal. Salienta que a prova da legalidade seria a apresentação de documentos emitidos e relacionados a tais vendas.

Sobre a infração 02, o autuante ao analisar os documentos apresentados na defesa, fls. 32 a 35, concordou que realmente o equipamento se encontrava em intervenção técnica no período de 21 de abril a 11 de maio de 2006, e com a redução da multa relativa a esse período, porém, manteve o valor exigido sob o fundamento de que o autuado não demonstrou claramente quais foram os documentos fiscais emitidos no período.

Na pauta suplementar do dia 04/10/2004, o processo foi baixado em diligência (fl. 44), para que o autuante providenciasse o seguinte:

a) Fizesse a juntada aos autos dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de

cartões de crédito e de débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente.

b) Idem, idem, os “Relatório de Informações TEF – Anual” contendo os totais mensais das vendas com cartões de crédito/débito, do período objeto do levantamento fiscal.

c) Para fins de cálculo da multa da infração 02, refizesse o demonstrativo às fls. 06 a 12, com a exclusão das notas fiscais emitidas no período de 21/04/06 a 11/05/06, tendo em vista que ECF se encontrava sob intervenção técnica, informando o valor da multa dos meses de abril e de maio.

Foi recomendado no despacho de diligência que após o atendimento da solicitação por parte do autuante, deveria ser dada ciência do resultado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo, cópia dos documentos abaixo especificados, reabrindo-se o prazo de defesa por 30 (trinta) dias: a) cópias dos novos elementos juntados ao processo em virtude do cumprimento da 1ª solicitação pelo autuante (informação fiscal, TEF's Diário e Anual, e demonstrativo de débito da infração 02); b) cópia do despacho de diligência às fls. 40/45; cópia da informação fiscal às fls. 39 a 40.

Através do Processo nº 009708/2008-3 (fl. 46 e 105), autuante juntou planilhas, o Relatório Diário Operações TEF e o Relatório de Informações TEF- Anual (doc.fl. 47 a 104), tendo a Infaz de origem expedido intimação (fl. 106), reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, com a entrega dos documentos constantes às fls. 47/105.

Considerando que a Infaz de origem ao intimar o autuado (fl. 106), deixou de encaminhar juntamente a ela a cópia do despacho de diligência às fls.40/45 e a cópia da informação fiscal às fls. 39 a 40, o processo foi retornado para a repartição de origem para ser expedida nova intimação encaminhando os citados documentos, inclusive o despacho à fl. 109, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls. 113/114), foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias mediante a entrega dos documentos especificados no despacho de diligência à fl. 109, porém, no prazo estipulado o autuado não se manifestou.

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 extraídas do ECF, leitura Z e das notas fiscais série D-1, em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito (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).

No tocante a infração 01, o débito da infração encontra-se devidamente especificado na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” (doc. fl.05), 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 realizadas através de notas fiscais série D-1; 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 de pequeno porte do estabelecimento enquadrada no SIMBAHIA; e finalmente, o ICMS devido.

A autuação está fundamentada no § 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, que prevê *in verbis*: “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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Observo que não existiam nos autos os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão, porém a pedido desta Junta, tais relatórios foram juntados ao processo pelo autuante, inclusive o Relatório TEF-Anual (docs. fls. 48 a 104), os quais, foram entregues ao autuado, juntamente com os levantamentos fiscais, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias) no dia 11/02/2008, conforme intimação à fl. 106.

O autuado no prazo que lhe foi concedido não apresentou qualquer levantamento para ser comparado com o levantamento fiscal, inclusive teve outra oportunidade em 27/05/2008, conforme intimação e AR dos Correios às fls. 113 e 114, sem qualquer manifestação de sua parte.

Quanto a alegação de que a exigência fiscal não encontra amparo legal, pois no período fiscalizado se encontrava inscrito no SimBahia e recolheu o imposto na conta de energia elétrica, de acordo com o art. 386-A, do RICMS/97, observo que o método adotado para a apuração do débito tem amparo legal, sendo observado que embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, a exigência fiscal foi calculada pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida.

Assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente. Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo integralmente a exigência fiscal.

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.

Quanto a alegação de que estava inscrito na condição de microempresa e a época estava desobrigado de utilizar o ECF, verifiquei no INC – Informações do Contribuinte na SEFAZ que realmente até o dia 31/03/2007, o estabelecimento estava enquadrado como microempresa, porém, sua receita extrapolou o limite previsto no artigo 824-B, § 2º e § 3º, II, do RICMS/97.

Nestas circunstâncias, mantenho a multa aplicada, uma vez que o autuado não justificou o motivo para emissão de notas fiscais em lugar do ECF. Contudo, considerando o disposto na Lei nº 10.847 de 27/11/07, que alterou o inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e aplicando-se o princípio da retroatividade benéfica da lei (art. 106, II, “c” do CTN), o valor da multa fica adequado para R\$420,58, calculado pelo percentual de 2% sobre o montante das notas fiscais de saídas do período fiscalizado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração no valor de R\$8.991,49, ficando o demonstrativo de débito da infração 02 - 16.12.06 alterado conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
30/04/06	30/04/06	7.202,20	-	2	144,04	2
31/05/06	31/05/06	683,05	-	2	273,22	2
30/06/06	30/06/06	8,28	-	2	3,32	2
TOTAL					420,58	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **157064.0052/06-0**, lavrado contra **ANTÔNIO ZENIVALDO RIOS ANDRADE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.570,91**, 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\$420,58**, 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, 18 de setembro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR