

A. I. Nº - 299167.0031/05-6
AUTUADO - TAI SAN RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 06/11/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0317-03/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. 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. Aplicado o critério da proporcionalidade em consonância com o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007. Comprovada a ilegitimidade da presunção em relação a parte do débito apurado. Infração parcialmente elidida. **b)** NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada, porém com o percentual de multa 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2005 e exige ICMS, além da aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Meses de janeiro de 2003 a dezembro de 2004. ICMS no valor de R\$115.839,58, acrescido da multa de 70%.

02. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Exercício de 2003 – mês de abril; Exercício de 2004 – meses de fevereiro, maio, junho, e outubro a dezembro. Multa no valor de R\$904,03.

O autuado, à fl. 26, reconhece parcialmente a infração 02, excluído, do demonstrativo que elabora, o débito de R\$262,44 atinente ao mês de fevereiro/2004, e requerendo à INFRAZ Iguatemi a expedição de DAE para pagamento das multas no valor total de R\$621,59.

Em seguida, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 47, apresenta impugnação às fls. 35 a 40, na qual inicialmente descreve os termos das imputações e em seguida **argüi a nulidade da autuação, nos termos do artigo 18, incisos II e IV do RPAF/99, alegando que o lançamento foi baseado em presunção; que o levantamento fiscal foi realizado por totais mensais; que houve cerceamento ao direito de defesa; que no levantamento se verifica que a empresa não teria emitido cupom em quase a totalidade de suas operações, o que causa estranheza; que o CONSEF tem decidido pela nulidade das ações fiscais**, quando há insegurança no lançamento, e cerceamento do direito de defesa. Transcreve, às fls. 36 a 38, Ementas de Acórdãos deste Conselho de Fazenda Estadual. Cita, comentando, o artigo 46 do RPAF/99.

Diz que houve uma grande falha operacional, pelo que as operações de efetivas vendas com cartões não foram levadas às suas Reduções “Z”. Diz que, em 2003, registrou em seus equipamentos, e levou à tributação, vendas que totalizaram R\$673.544,54, e que as vendas apuradas teriam sido as mesmas lançadas no presente Auto de Infração, não havendo valor a ser recolhido. Que, em relação a 2003, não foram expurgados os valores relativos a mercadorias no regime de substituição tributária, valores que reduziriam para R\$558.938,00 o total das vendas a cartão informadas pelas administradoras, montante que deveria ser a “suposta” base de comparação. Que em 2004 o percentual de operações com estas mercadorias foi de 14% do total comercializado. Que também em 2004, apesar de não constar na Redução “Z”, registrou em seus equipamentos vendas a cartão no total de R\$522.246,25, e que, do total apurado pelo Fisco de R\$655.258,81, R\$86.396 se reporta a mercadorias do regime de substituição tributária. Que computando-se este dado ter-se-ia a diferença de R\$46.616,00, total do qual se teria que deduzir o crédito presumido de 8%. Que os lançamentos dos totalizadores de vendas de seus ECFs são indissociáveis das Reduções “Z”. Que apresenta bobinas, por amostragem, cuja totalidade encontra-se à disposição do Fisco, com os valores que foram subtraídos das Reduções “Z”, relativos a vendas com os diversos cartões de crédito, discriminando os valores relativos a cada administradora, com base em que requer a revisão total do lançamento em relação ao exercício de 2004.

O contribuinte diz que, em relação à infração 02, não procede a multa aplicada referente ao dia 28/02/2004, época em que o seu equipamento ECF teria estado sob intervenção técnica, conforme documento que anexa (fls. 164 e 165). Que em relação aos demais dias, embora haja justificativas para a emissão de notas fiscais em lugar da emissão de cupom fiscal, não há como provar. Pede a revisão da ação fiscal por fiscal estranho ao feito, protesta por todos os meios de prova em Direito admitidos, e conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou improcedente.

À fl. 48, consta DAE com pagamento do valor principal de R\$621,61, referente ao presente Auto de Infração.

A autuante, na informação fiscal prestada às fls. 168 e 171, aduz que não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte porque as planilhas elaboradas pelo Fisco o foram com base nas informações prestadas à SEFAZ pelas administradoras de cartões de débito/crédito, e as Reduções “Z” apresentadas pelo autuado não informavam as suas operações com cartões, o que impediu o comparativo diário de vendas. Que o contribuinte está obrigado a emitir cupom fiscal para seus clientes consumidores, e à emissão de Redução “Z” para fins de determinação de base de cálculo de ICMS; que, em relação à alegação defensiva de falha operacional, e que os totalizadores diários inseridos nas bobinas apresentariam os valores das vendas a cartão, não tem como verificar a alegação tecnicamente, pelo que sugere o envio do processo à Gerência de Automação – GEAFI, para que seja verificada se é possível a aceitação do dito relatório para fins probatórios.

À fl. 182, a 5ª JJF deliberou, em pauta suplementar, pela conversão deste PAF em Diligência à INFRAZ de origem para que a autuante entregasse, ao contribuinte, Relatório TEF contendo as informações individualizadas repassadas pelas administradoras de cartões de crédito/debito, relativamente ao período apurado, reabrindo-se o prazo de defesa.

Em atendimento à Diligência, à fl. 187 foi acostada mídia CD contendo o mencionado Relatório, e às fls. 188 e 189 recibos do autuado, comprovando o recebimento dos Relatórios TEF determinados. À fl. 190, consta recibo do autuado quanto à ciência da reabertura de seu prazo de defesa, e novo recibo de entrega dos mencionados Relatórios TEF.

Às fls. 192 e 193, constam documentos relativos a Requerimento de Parcelamento de débito do contribuinte, lançado no presente Auto de Infração, no valor de R\$9.206,64, conforme demonstrativo de fl. 195, relativo a parte do débito exigido do exercício de 2004.

O contribuinte volta a manifestar-se às fls. 210 a 213, renovando os termos da primeira impugnação, alegando que os novos documentos apenas permitiram melhor investigação, e repetindo o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito.

Às fls. 214 a 1.118 (volumes I a III), o contribuinte acosta cópias de Reduções “Z”, e de documentos intitulados “Memória Fiscal”, indicando formas de pagamento e valores relativos a mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, no período fiscalizado.

A autuante presta nova informação fiscal às fls. 1.122 a 1.124, inicialmente reproduzindo as alegações defensivas e, em seguida, dizendo que o contribuinte admite parte do débito. Expõe que o ECF é de uso obrigatório, conforme Lei Federal de nº 9.532/97, regulamentada pelo Convênio ECF nº 01/98, incorporado à legislação tributária do Estado da Bahia pelo Decreto nº 8.413/02.

Diz que o contribuinte não acoplou programa discriminando suas vendas a cartão, em seus ECFs, exceto em abril/2003, e fevereiro, maio, junho, outubro a dezembro/2004, mas autorizou, conforme estabelece o artigo 824-E, §4º, do RICMS/BA, que as administradoras de cartões enviassem à SEFAZ os relatórios de vendas por aquela modalidade. Aduz não ser procedente a tese da não obrigatoriedade de discriminar as formas de pagamentos feitos por ECF desde 01/01/2003, conforme §7º do artigo 824-E do RICMS/BA, porquanto suprida pelas administradoras de cartões. Que, quanto aos valores apurados pelo preposto Sônia Maria Dias, com base no Relatório Gerencial do contribuinte, frisa que foi dado o crédito em seu total, tendo sido apurado a omissão no valor de R\$55.934,52, montante do qual foi deduzido o valor verificado pelo preposto Sônia Maria Dias, no valor de R\$2.286,57; e que, no exercício de 2004, foi apurada a omissão no valor de R\$57.618,47. Que, em relação à infração 02, apesar de o autuado ter recolhido em parte o débito lançado, quanto à intervenção que o contribuinte alega em 28/02/2004, a mesma não consta no Sistema INC da SEFAZ, consoante documento que acostara ao PAF (fl. 18), pelo que não há como ser acatada.

A autuante prossegue dizendo que a defesa do contribuinte não possui sustentação, porque do teor da Cláusula 4ª do Convênio ECF nº 01/98, que reproduz, combinado com o disposto no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, decorre a presunção legal que o contribuinte não elidiu. Diz ser procedente a autuação no valor de R\$113.835,43.

À fl. 1.127, considerando que o autuado, em suas impugnações às fls. 35 a 40, e 210 a 213, alegara, dentre outros pontos, em relação à infração 01, que, sendo restaurante, também comercializava com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, citando o exemplo de bebidas; considerando que o autuado também alegara que anexara ao processo documentos que afirmava comprovarem que havia emitidos documentos fiscais quando efetuara as vendas por meio de cartão de crédito sem, contudo, anexar aos autos os boletos TEF e os cupons fiscais, e notas fiscais, que comprovariam a emissão desses documentos quando das vendas que realizou por meio de cartão de crédito, inclusive não tendo apresentado os documentos fiscais comprobatórios de suas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por meio de cartão de crédito/débito; esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito intimasse o contribuinte a apresentar: 1) cópias dos documentos fiscais (notas fiscais/cupons fiscais) que comprovassem a venda, por operação, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período de 01/01/2003 a 31/12/2004, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e das mercadorias não

enquadradadas neste regime, apresentando, junto a cada documento fiscal, cópia do respectivo boleto TEF que comprovasse que a venda fora realizada por aquele meio. Tais cópias deveriam ser anexadas aos autos; 2) demonstrativos, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no mesmo período. Estes demonstrativos também deveriam ser anexados aos autos. Foi solicitado, também, que o diligente, a partir dos documentos apresentados pelo autuado, elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais não comprovadas pelo contribuinte, e elaborasse demonstrativo dos valores das aquisições, pelo autuado, de mercadorias tributáveis, não tributáveis e enquadradas no regime de substituição tributária, no período de 01/01/2003 a 31/12/2004. Que, após estas providências, o PAF deveria ser encaminhado à INFRAZ de origem para que o autuante e o autuado fossem cientificados do resultado da diligência, devendo ser fornecida ao sujeito passivo, mediante recibo a ser juntado ao PAF, cópia dos demonstrativos e do parecer emitido pela ASTEC/CONSEF, acostados aos autos, concedendo-se, ao autuante e ao autuado, o prazo de dez dias para que se manifestassem.

Em atendimento à Diligência, foi emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 181/2007, às fls. 1.128 a 1.130, datado de 30/11/2007, relatando que “Intimado a apresentar os documentos solicitados nas intimações datadas de 17/09/2007 e 24/09/2007, o autuado não atendeu às intimações, restando tão-somente a devolução do PAF para as devidas providências.” O diligente acostou, às fls. 1.131 e 1.133, duas Intimações dirigidas ao sujeito passivo, nos termos que relatou.

O contribuinte voltou a manifestar-se no processo às fls. 1.139 e 1.140, com petição datada de 10/12/2007, requerendo a juntada dos documentos solicitados pela ASTEC/CONSEF, e repetindo as alegações defensivas.

Às fls. 1.142 a 1.155 (volume III), o contribuinte acosta planilha comparativa de vendas com diversos cartões de débito/crédito, valor de Reduções “Z”, valores de mercadorias isentas e sob regime de substituição tributária, do exercício de 2003. Às fls. 1.156 a 1.158 (volume IV), cópias de Reduções “Z” e de Memória Fiscal do exercício de 2003. Às fls. 1.159 a 1.160, planilha comparativa de vendas com diversos cartões de débito/crédito, valor de Reduções “Z”, valores de mercadorias isentas e sob regime de substituição tributária, do exercício de 2004. Às fls. 1.161 a 1.182 (volume V), cópias de Reduções “Z” e de Memória Fiscal do exercício de 2004.

O sujeito passivo volta a pronunciar-se no processo às fls. 1.183 e 1.184 (volume V), justificando o atraso na entrega da documentação solicitada pela ASTEC/CONSEF, tornando a repetir parte das alegações defensivas.

Às fls. 1.185 e 1.186, considerando que o sujeito passivo pronunciara-se no processo argüindo que, nos demonstrativos e documentos que apresentara às fls. 1.141 a 1.155, encontrar-se-iam provadas suas alegações quanto a que os seus Relatórios Gerenciais demonstrariam as vendas realizadas em cartão de crédito e de débito que não foram consideradas pela fiscal autuante em seu levantamento fiscal; considerando que asseverava o autuado, ainda, que, em suas Reduções “Z” estariam também comprovados os montantes de vendas atinentes a mercadorias isentas, e enquadradas no regime de substituição tributária; em busca da verdade material esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em nova Diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal designado intimasse o contribuinte a apresentar os originais da documentação acostada ao processo às fls. 1.142 a 1.155, e 1.159 a 1.160, elaborasse demonstrativos correspondentes às diferenças mensais não comprovadas pelo contribuinte, deduzindo, do débito apurado para a Infração 01, o percentual relativo às mercadorias isentas, não tributáveis e/ou enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007. Que, cumprida esta providência, fosse o PAF encaminhado à INFRAZ de origem para dar-se ciência à autuante, e ao autuado, do seu resultado, entregando-lhes, contra recibo a ser anexado ao processo, cópia daquela Diligência e dos novos documentos acostados

aos autos quando de seu atendimento, concedendo-lhes o prazo de dez dias para pronunciarem-se.

Em cumprimento à nova Diligência solicitada, a ASTEC/CONSEF expediu o Parecer nº 102/2008, às fls. 1.894 a 1.896, concluindo que “Efetuadas as devidas verificações, foi elaborado demonstrativo dos valores remanescentes, deduzindo, do débito apurado para a infração 01, o percentual relativo às mercadorias isentas, não tributáveis e/ou enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos da Instrução Normativa nº. 56/2007, conforme fls. 1.897 / 1.898. Sendo assim, o valor do débito do auto de infração que era R\$115.839,58 após a realização da presente diligência reduziu para R\$7.220,27,...” conforme demonstrativo de débito acostado à fl. 1.896, e planilhas às fls. 1.897 e 1.898, demonstrando os cálculos efetuados.

O contribuinte manifesta-se novamente no processo, às fls. 1.906 e 1.907, aduzindo que, intimada do Parecer ASTEC/CONSEF nº 102/2008, “reitera todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, destaca que o parecer ASTEC comprova a veracidade da quase totalidade das alegações defensivas, apontando para a redução do débito do item 01 de R\$ 115.839,58 para R\$ 7.220,27. Não obstante, o mesmo parecer apresenta “crédito” em favor da Autuada, no mesmo período, de R\$ 32.242,25. Os valores constantes das “reduções Z” não informados pelas administradoras, certamente se referem a vendas através de outras modalidades de pagamento registradas como de cartões, o que se explica em razão de peculiaridades do setor, ou seja, a divisão de contas por várias pessoas e mediante várias fórmulas de pagamento, fazendo com que o registro. Pede assim, na hipótese de condenação, que seja deduzido o valor do “crédito” apurado pelas ASTEC. (...) Por outro lado, observa que a exigência não possui fundamentação legal, ao menos até 21/01/04, data em que entrou em vigor o Decreto 8882/04, esclarecendo a questão e possibilitando a adoção da presunção aplicada no AI. E não se diga que o RICMS já continha a mesma previsão estabelecida no aludido decreto, pois se assim o fosse o Governo do Estado não o teria editado. Se a norma foi necessária, no mínimo existia uma insegurança jurídica que a fez nascer. E se, no mínimo, insegurança existia, o contribuinte não pode ser responsabilizado por suposta diferença de imposto, como, aliás, já reconheceu o CONSEF em casos semelhantes, como prova, v.g., o anexo Acórdão CJF nº 0239-11/05.” (fls. 1.908 a 1.911)

O contribuinte diz desejar tratamento igualitário “ao contribuinte que figura, em igualdade de condições, no citado acórdão, o que, uma vez concedido, evitará futuras perdas para o Estado, decorrentes de indesejada demanda judicial. O art. 150, inciso II, da Constituição Federal Brasileira, impede “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”, assim como preconiza o art. 5º, da mesma Carta Magna, que “todos são iguais perante a lei”. “Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente a posterior juntada de novos documentos, pedindo “que o item contestado Auto de Infração” seja julgado improcedente.

A autuante foi cientificada do Parecer ASTEC/CONSEF, conforme expresso à fl. 1.914 dos autos, mantendo-se silente.

À fl. 1.890, consta Relatório SIGAT/SEFAZ com parcelamento do valor principal de R\$9.357,25.

VOTO

Preliminarmente, observo que encontram-se no processo todos os seus pressupostos de validade, tendo sido identificados o autuado, o montante e os fatos geradores do débito exigido, tendo sido reaberto o prazo para impugnação ao lançamento fiscal, em cumprimento de diligência determinada pela 5ª JJF (fl. 182). Tendo recebido o Relatório de vendas diárias individualizadamente informadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, por meio de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, conforme recibo de fl. 188, o contribuinte voltou a defender-se no prazo próprio, tendo argumentado pontualmente sobre as imputações que lhe foram dirigidas. Assinalo que o contribuinte pronunciou-se nos autos tanto em suas impugnações iniciais, quanto nas demais quatro vezes em que interveio no processo às fls. 26, 35 a 40, 210 a 213,

1.139 e 1.140, 1.885 e 1.886, 1906 e 1.907, e reconheceu, inclusive, parte do débito imputado, fatos que demonstram que o autuado compreendeu as imputações que lhe foram dirigidas, tendo exercido, de forma ampla, o seu direito de defesa.

Em relação ao fato de a imputação 01 basear-se em presunção, observo que se trata de uma presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, portanto realizada a partir de previsão legal, fato que será abordado de forma mais aprofundada na análise de mérito da autuação. Tratando-se de presunção legal, é válido o procedimento fiscal que nela se baseie, desde que observados os seus requisitos. No que tange à apuração do débito, referente à imputação 01, por períodos mensais, o levantamento foi refeito por fiscal estranho ao feito, na busca da verdade material, tendo sido regularmente lançado o débito por período mensal de apuração, inexistindo causa para declaração de nulidade neste aspecto. Por todos estes motivos, indefiro as preliminares de nulidade suscitadas.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre os somatórios das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito informadas pelo contribuinte (leituras Reduções “Z” das máquinas emissoras de cupom fiscal) - Infração 01; e os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito no período fiscalizado, além da multa de 5% sobre os valores dos documentos fiscais (notas fiscais) emitidos em lugar de cupons fiscais, quando de vendas realizadas pelo estabelecimento, usuário de equipamentos emissores dos mencionados cupons - Infração 02.

Quanto à infração 01, o autuado não comprovou de forma objetiva a inexatidão quanto a todos os valores apurados pela fiscalização. Ressalto que, reaberto o prazo de defesa, e sendo-lhe entregues o relatório de todas as operações individualizadamente informadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito para que, querendo, comprovasse a totalidade do quanto alegado em relação aos valores lançados na Infração 01, o contribuinte elidiu apenas em parte a presunção.

Pela análise dos documentos juntados ao processo constato que, em relação à infração 01, nos demonstrativos acostados pelo diligente à fl. 1.897 e 1.898, em atendimento ao determinado por esta 3ª JJF, foi indicado o total mensal das vendas por meio de cartão (débito/crédito) informadas pelas respectivas empresas administradoras, tendo sido deduzidos os valores das vendas registradas nas Reduções “Z”, que são leituras diárias emitidas individualizadamente em cada encerramento do uso da máquina emissora de cupom fiscal, por comando mecânico do usuário, no caso, o autuado, tendo também sido considerada a proporcionalidade entre mercadorias tributáveis na saída e as demais, na apuração dos valores do imposto a ser recolhido, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007.

Foram também corretamente deduzidos, no cálculo do débito tributário mensalmente apurado no levantamento de fl. 1.897, 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.

Quanto ao argumento defensivo de que o Parecer ASTEC/CONSEF teria apurado outros créditos a seu favor, a mesma não procede, porque na planilha de fl. 1.897, elaborada pelo Auditor fiscal diligente, foram apostos, na coluna “Diferença”, apenas as diferenças existentes, para mais, e para menos, entre os valores de vendas efetuadas com meio de pagamento cartão de crédito/débito constantes das Reduções “Z”, e os informados pelas administradoras de cartões naqueles determinados meses, inexistindo ali a apuração de créditos fiscais.

A Redução “Z” é um documento emitido pelo equipamento ECF do contribuinte que, em suas impugnações, informa que houve equívocos nos dados que nas mesmas inseriu, por ali ter feito constar vendas a cartão como vendas feitas por outra modalidade de pagamento, entre outros

pontos. Por este motivo, estando confessado pelo contribuinte que os dados de meios de pagamento que apresenta em suas Reduções “Z” não trazem a fidedignidade absoluta, cabia-lhe provar, com os seus boletos TEF que, de fato, todas as vendas a cartão que informou, e cujos totais contrariam as informações de vendas por este meio que as administradoras informam foram, de fato, vendas realizadas a cartão. Tal oportunidade lhe foi concedida, não tendo sido apresentadas tais provas, ao longo do processo. Inexistindo créditos fiscais comprovados superiores ao crédito presumido de 8% que lhe foi concedido, não acolho esta alegação do autuado, nem o seu pedido de dedução do valor de ICMS apurado quando da realização da diligência pelo Auditor Fiscal designado.

Quanto ao cálculo do débito lançado, a autuante explicou que, que da base de cálculo do débito apurado, em relação à receita que o contribuinte declarara anteriormente à Fiscalização, na pessoa da Auditora Fiscal Sônia Maria Dias, tais valores foram previamente deduzidos do levantamento fiscal, e o contribuinte não provou o contrário.

Ressalto, ainda, que apurada diferença entre o valor de vendas através de cartão de débito/crédito informado pelo contribuinte e o valor informado pelas empresas administradoras desses cartões, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas, conforme disposto no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, sendo facultado ao autuado provar a ilegitimidade da presunção, fato que ocorreu apenas quanto a parte da imputação, conforme já relatado neste voto.

Em relação à alegação defensiva de que não haveria a obrigatoriedade, no exercício de 2003, de informar a forma de pagamento nas Reduções “Z”, observo que o artigo 238 do RICMS/BA, de fato apenas em sua redação vigente a partir de 21/01/2004 teve inserida, em seu §7º, a previsão de tal obrigação neste dispositivo em específico.

Contudo, o artigo 824-T, do mesmo Regulamento, em redação vigente desde sua introdução ao RICMS/BA pela Alteração nº 38 - produzida pelo Decreto nº 8413, de 30/12/02, publicada no DOE de 31/12/02, vigente desde esta data - já determinava que, além das disposições contidas naquele Capítulo IV – “Do Emissor de Cupom Fiscal”, aplicava-se, no que coubesse, o disposto no Convênio ICMS nº 85/01, de 28 de setembro de 2001.

Este Convênio ICMS nº 85/01, que dentre outros pontos estabelece procedimentos aplicáveis ao contribuinte usuário de ECF, por sua vez, em sua Cláusula Centésima Sétima determina a produção de seus efeitos a partir de 01/11/2001, portanto regia todo o período objeto da Infração 01, que compreende os exercícios de 2003 e de 2004.

E, em suas Cláusulas Trigésima Quarta, inciso IV, alínea “o”, e Trigésima Oitava, inciso IV, alíneas “c” a “e”, e inciso X, o mencionado Convênio ICMS nº 85/01 prevê:

Convênio ICMS nº 85/01:

Cláusula trigésima quarta. A Redução Z, de implementação obrigatória, deverá conter:

IV - o valor acumulado nos seguintes totalizadores:

o) parciais de meios de pagamento e de troco;

Cláusula trigésima oitava. O Cupom Fiscal deverá conter:

IV - no caso de ECF que emita Registro de Venda:

c) a indicação, se for o caso, de divisão de pagamento do valor total das operações ou prestações, com uso da expressão “CONTA DIVIDIDA”, impressa em letras maiúsculas e em negrito;

d) a indicação do número da conta dividida e do número total de divisões do documento a serem emitidas, se for o caso;

e) o valor a ser pago em cada documento da conta dividida, se for o caso;

X - meio de pagamento, observadas as regras da Seção VII do Capítulo III deste Título;

O Título I trata “Dos Requisitos de Hardware, de Software e Gerais para Desenvolvimento de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal”); o Capítulo III dispõe acerca “Do Software Básico”, e sua Seção VII, “Das Condições Para Registro de Meio de Pagamento” determina, em suas Cláusulas Décima Sexta e Décima Sétima, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “a”:

Convênio ICMS nº 85/01:

Cláusula décima sexta. O Software Básico deverá aceitar o cadastramento dos meios de pagamentos a partir de sua denominação e da vinculação a Comprovante de Crédito ou Débito.

Cláusula décima sétima. Para registro do meio de pagamento, o Software Básico deverá:

I - aceitar os seguintes argumentos de entrada:

a) identificação do meio de pagamento;

II - registrar no documento em emissão as seguintes informações:

a) identificação do meio de pagamento;

Assim, uma vez recepcionado pelo RICMS/BA o quanto contido no mencionado Convênio ICMS/BA nº 85/01, está demonstrado, pelo exame da legislação aqui exposta, que a partir de 31/12/02 já existia, para os contribuinte usuários de ECF neste Estado, a obrigatoriedade de informar a forma de pagamento, no cupom fiscal emitido, informação que deve, fidedigna e obrigatoriamente, migrar para o resumo diário de operações com o equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF que se denomina Redução “Z”.

Ou seja, de 01/01/2003 a 20/01/2004, mesmo antes da inserção do §7º ao artigo 238 do RICMS/BA, o contribuinte de ICMS, no Estado da Bahia, estava já obrigado a informar, tanto em seus cupons fiscais, quanto em suas Reduções “Z”, a forma de pagamento nas vendas que realizasse com uso de ECF, e tal obrigação está explícita nos textos legais que transcrevi neste voto, inexistindo qualquer insegurança jurídica a respeito, ao inverso do que afirma o contribuinte. Em resumo, esta obrigação acessória existiu durante todo o período objeto da infração 01, e permanece vigorando até a data deste julgamento, pelo que não acato as alegações defensivas em contrário.

Ademais, o Convênio ECF nº 01/98, que dispõe sobre a obrigatoriedade de uso de Equipamento ECF por estabelecimento que promova venda a varejo, situação em que se enquadra o autuado, com produção de efeitos a partir de sua publicação no Diário Oficial da União em 25/02/1998, consoante determinado por sua Cláusula Sétima, determina o uso obrigatório de ECF nas vendas com pagamento por meio de cartões de crédito e de débito, e sua Cláusula Sexta fixou em 31/12/2000 o termo final do maior dos prazos concedidos para que os estabelecimentos que praticassem vendas, ou revendas, de bens e mercadorias, passassem a apenas vender mercadorias com pagamentos por meio de cartões de crédito ou de débito:

Convênio ECF nº 01/98:

Cláusula quarta. A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feita por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.

Porém, na busca da verdade material, se o contribuinte houvesse comprovado que houvera emitido notas fiscais em lugar dos cupons a que estava obrigado, em todas as vendas que realizou no período objeto da ação fiscal, tendo em vista que esta imputação 01 refere-se a falta de recolhimento de ICMS, estaria elidida a imputação em relação à existência de débito de ICMS,

sem prejuízo da possibilidade de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória vinculada a obrigação principal, nos termos do artigo 157 do RPAF/99.

Quanto ao teor do Acórdão CJF nº 0139-11/05, cuja cópia foi acostada pelo contribuinte às fls. 1.908 a 1.911, trata-se de decisão isolada, não se constituindo em entendimento majoritário deste Órgão Colegiada, diante da legislação transcrita neste voto, vigente no Estado da Bahia já em 2003 e 2004, época dos fatos geradores da obrigação tributária em lide.

Por tudo quanto exposto, observo que a imputação relativa à Infração 01 foi apenas parcialmente elidida, subsistindo os valores mensais de débitos tributários tais como lançados pelo Auditor Fiscal Diligente no novo Demonstrativo de Débito à fl. 1.896. Infração 01 procedente em parte, no valor de ICMS de R\$7.220,27.

Com relação à segunda infração, emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, a mesma foi parcialmente reconhecida pelo recorrente, à fl. 26 dos autos. Observo, por oportuno, que, de acordo o artigo 824-B, do RICMS/BA, 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.

O contribuinte era usuário, à época dos fatos basilares das imputações, de equipamento ECF, conforme documento de fl. 18 – descrição detalhada dos equipamentos utilizados pelo autuado, emitida pelo Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ. E, consoante demonstrativo elaborado pelo preposto fiscal à fl. 13, parcialmente acatado pelo sujeito passivo em sua manifestação à fl. 26, este emitiu tais documentos em vendas realizadas para consumidor final. Portanto, está documentado, e admitido pelo autuado, o débito no valor de R\$621,59, por ocorrência da infração 02.

Observo que o contribuinte trouxe, ao processo, prova de que seu equipamento ECF esteve sob reparo no dia 26/02/2004 (fl. 164), e o Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte - INC/SEFAZ (fl. 18) traz o dado de que, em 01/03/2004, houve reparo no ECF, pelo que considero plausível a alegação defensiva de que, no espaço de tempo compreendido entre essas duas datas, cujo débito foi incluído no montante lançado com data de ocorrência de 28/02/2004, esteve impossibilitado de fazer uso de seu ECF. Porém, conforme a mencionada planilha de fl. 13, apenas os valores de R\$179,90 (referente ao dia 26/02/2004) e de R\$494,90 (referente ao dia 28/02/2004), totalizando a base de cálculo de R\$674,80, incluem-se no lapso de tempo mencionado. Assim, não tendo, o contribuinte, juntado a este processo prova de que esteve impossibilitado de utilizar seu equipamento ECF nos dias 17 a 25 do mês de fevereiro/2004, incluídos no levantamento fiscal, a multa permanece aplicável por descumprimento da mencionada obrigação acessória também quanto a este período, além do débito já reconhecido referente aos demais meses objeto do lançamento de ofício na Infração 02, pelo que esta é parcialmente procedente em relação à base de cálculo de R\$13.107,11.

Contudo, o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional - CTN, prevê:

art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

O Auto de Infração não teve esgotadas as suas possibilidades de recurso administrativo, nos termos dos artigos 166 e 169 a 173, do RPAF/99, bem como assiste, ao contribuinte, o direito à possibilidade de busca da esfera judicial, pelo que não se trata de ato definitivamente julgado. Ao tempo da prática da infração 02, abril de 2003 a dezembro de 2004, a multa prevista na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 impunha a aplicação do percentual de 5% sobre o valor da operação, ou serviço. Mas a Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, modificou este dispositivo, reduzindo de 5% para 2% o percentual a ser aplicado pelo descumprimento desta

obrigação acessória. Pelo exposto, passam a ser os seguintes os valores a serem exigidos pela infração 02:

DATA DE OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR
30/04/2003	3.027,55	2%	60,55
28/02/2004	674,80	2%	13,49
31/05/2004	2.732,44	2%	54,64
30/06/2004	961,66	2%	19,23
31/10/2004	1.241,60	2%	24,83
30/11/2004	2.715,78	2%	54,31
31/12/2004	1.753,28	2%	35,06
TOTAL			262,11

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo, tal como lançado no demonstrativo de débito de fl. 1.896, os valores relativos à imputação 01, no total de débito de ICMS de R\$7.220,27, e reduzindo, de ofício, o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória aplicada pela imputação 02, de R\$904,03 para R\$262,11.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299167.0031/05-06, lavrado contra **TAI SAN RESTAURANTE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.220,27**, 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\$262,11**, 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, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR