

A. I. N° - 157064.0066/06-0
AUTUADO - MERCADO BARRETO'S LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 03/03/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0019-03/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **2.** EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. O percentual da multa foi reduzido de 5% para 2% por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei 7.014/96, pela Lei 10.847, de 27/11/2007 c/c o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, refere-se à exigência de R\$9.251,20 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$193,42, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho de 2006. Valor do débito: R\$9.251,20.

Infração 02: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo exigido multa no valor de R\$193,42.

O autuado apresentou impugnação (fls. 22 e 23), discorrendo inicialmente sobre o procedimento fiscal e as infrações. Informa que está inscrito nesta SEFAZ como microempresa, faixa 4, sendo a sua forma de pagamento do ICMS como SIMBAHIA. Diz que por isso, lhe causou estranheza ser tratado pela fiscalização como contribuinte do regime normal. Alega que sobre a diferença encontrada pelo autuante foi aplicada alíquota de 17%, como se fosse contribuinte normal, quando na verdade se trata pagamento pelo Regime Simplificado de Apuração, debitando o

imposto devido mensalmente na conta de energia elétrica. Apresenta o entendimento de que mesmo existindo diferença entre as vendas informadas pela administradora de cartões de débito ou de crédito e as apuradas na redução Z, o montante apurado apenas ultrapassa para a faixa seguinte de enquadramento, ou seja, deveria passar para a faixa ME-3. Alega também, que o autuante não levou em consideração que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é minimercado e que a totalidade dos gêneros alimentícios sofre uma alíquota de 7%, de acordo com o art. 51, inciso I, do RICMS/97. Requer preliminarmente efeito suspensivo, e que se considere nulo o presente Auto de Infração em 90%, face aos fundamentos e irregularidades que foram apresentados.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 28/29 dos autos, reproduz os fatos e faz uma síntese sobre as alegações defensivas. Diz que, conforme o demonstrativo à fl. 17, no cálculo do imposto devido em decorrência da diferença apurada, foi concedido o crédito presumido de 8%, tendo em vista a condição do autuado de microempresa. Esclarece que o imposto apurado foi transportado para o demonstrativo de débito do Auto de Infração constando a alíquota de 17%, o que não significa que foi considerado o contribuinte como do regime normal. Quanto ao argumento defensivo de que deveria ser levado a uma faixa superior para efeito de cobrança do imposto, diz que o autuado esquece que o Regulamento do ICMS prevê a perda de benefícios para os casos de omissão de saídas. Assim, pede a procedência da autuação fiscal.

Em pauta suplementar, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou encaminhar o presente processo à Infaz de origem (fl. 32) para que o autuante fornecesse ao autuado, mediante recibo, o Relatório Diário de Informações TEF; intimasse o contribuinte a apresentar cópias dos boletos e respectivos documentos fiscais, possibilitando a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados. Foi solicitado ainda, que o defendente apresentasse demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, com a alíquota de 7% e mercadorias sujeitas à substituição tributária, e que fosse concedido o prazo de trinta dias para o autuado se manifestar, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 197, dizendo que anexou ao PAF o Relatório de Operações TEF (fls. 34 a 196) com cópia em arquivo magnético (CD) para ser entregue ao contribuinte.

Intimado às fls. 198/199, o defendente apresentou nova impugnação às fls. 201 a 209. Declara que não reconhece o arquivo magnético como documento válido, bem como as informações nele gravadas. Requer a nulidade da autuação por entender que não se pode reconhecer com segurança a base de cálculo para os lançamentos efetuados pelo autuante. Diz que o Auto de Infração não apresenta demonstrativo para apuração da base de cálculo do imposto exigido, limita-se a apresentar simples demonstrativo de débito com lançamento da base de cálculo. Informa que se dirigiu à repartição fiscal e verificou que somente o documento de fl. 06 não havia sido entregue, salientando que o mencionado documento foi emitido em 11/10/2006 e o Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2006, ou seja, o documento de fl. 06 foi trazido aos autos depois de encerrada a ação fiscal. Assegura que nenhum outro documento foi apresentado pelo preposto fiscal, e com a diligência determinada por esta 3ª JF, novos elementos foram entregues ao autuado, mas mesmo assim, permanece inválido o lançamento. Reproduz o art. 18 do RPAF/BA, alegando que não sendo possível determinar com segurança o montante do débito tributário, o lançamento deve ser considerado nulo. Salaria que o autuante não demonstrou o confronto dos valores de vendas declaradas pelo autuado com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, como exigido o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96. O defendente afirma que a correta interpretação da legislação, é que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto “se, e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito foram superiores aos valores de vendas declaradas pela autuada”. Assim, entende que a legislação é clara e não deixa dúvida. Reafirma que, para a presunção ser legítima, é preciso que os valores de vendas declarados sejam inferiores aos montantes informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Esclarece que no período de janeiro a junho de 2006, prestou as informações por meio da DME, tendo em vista a sua condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, optante pelo regime SIMBAHIA, e de acordo com o art. 335 do RICMS/BA, na mencionada Declaração de Movimento Econômico são informados os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SIMBAHIA, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado. Entende que podem ocorrer três situações na comparação entre a declaração de vendas pelo contribuinte e as informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito: a) igualdade entre os valores, e neste caso não se aplica a presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96; b) valores declarados pelo contribuinte maiores que os valores informados pelas administradoras. Nesta situação também não se aplica a presunção legal; c) valores declarados pelo contribuinte inferiores aos valores informados pelas administradoras, aplicando-se a presunção estabelecida na legislação. O autuado diz que não há dúvida de que a presunção legal se refere aos valores de vendas do estabelecimento confrontados com os valores de recebimentos pelas vendas realizadas com pagamento com cartão de crédito ou de débito. Reproduz o art. 112 do Código Tributário Nacional, apresentando o entendimento de que a penalidade e a infração tida como presunção deve ser interpretada da maneira mais benéfica e o autuante não poderia interpretar a norma contida no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 da forma como fez. Comenta sobre a interpretação da legislação e diz que a interpretação dada pelo autuante fere frontalmente o disposto no art. 25 do RPAF/BA, que transcreveu à fl. 206. O defendente salienta que os princípios da Legalidade e da Publicidade devem ser observados pela Administração Pública, conforme art. 37 da Constituição Federal, que transcreveu na fl. 207. Assegura que sua interpretação é válida e não pode ser punido pela interpretação dada à norma. Acerca do art. 112 do CTN transcreve ensinamentos de Hugo de Brito Machado, em Comentário ao Código Tributário Nacional. Elabora à fl. 208, demonstrativo confrontando as vendas declaradas com os valores informados pelas administradoras de cartões, afirmando que o simples fato de encontrarmos valores de venda declarada inferiores aos valores de vendas em cartão informados pelas administradoras não surte nenhum efeito em razão da condição do autuado à época dos fatos, considerando que no período de janeiro a junho de 2006 encontrava-se inscrito na condição de microempresa e a sua receita bruta acumulada não ultrapassou o limite legal. Diz que o autuante poderia apurar presunção de omissão de saídas para os meses de janeiro, fevereiro, maio e junho nos valores indicados no quadro elaborado à fl. 209, apurando o ICMS devido, totalizando R\$1.526,02. Reafirma que não reconhece as informações apresentadas em meio eletrônico; diz que não possui cópia de boleto, uma vez que somente guarda boleto de operação com cartão até verificar o depósito do respectivo valor pela administradora, descartando o boleto logo em seguida. Assevera que a relação de operações transacionadas com as administradoras de cartões com os documentos fiscais emitidos pelo autuado configura-se levantamento fiscal de natureza diversa da natureza da presunção fiscal estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96. Por fim, o defendente requer a nulidade dos lançamentos fiscais por falta de segurança na demonstração da base de cálculo. Requer, ainda, a procedência parcial da infração 01, por reconhecer a infração 02, pedindo que o CONSEF aplique o benefício da redução da multa ou mesmo sua anulação, nos termos do art. 159 do RPAF. Pede que seja observado o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, na hipótese de juntada de novos elementos ao PAF.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 213, aduzindo que a nova defesa apresentada pelo autuado se configura em sua totalidade uma análise interpretativa da legislação tributária, sem adentrar no mérito da questão. Assim, o autuante diz que confirma a autuação em sua integralidade.

Considerando a alegação do autuado de que o autuante não levou em consideração o ramo de atividade do estabelecimento (supermercado), e que a totalidade dos gêneros alimentícios sofre uma alíquota de 7%, de acordo com o art. 51, inciso I, do RICMS/97, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 216), para que Auditor Fiscal estranho ao feito:

- 1 – Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
- 2 – Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito.
- 3 – Que solicitasse ao defendente a apresentação de demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, com a alíquota de 7% e mercadorias sujeitas à substituição tributária.
- 4 – Elaborasse demonstrativo do débito remanescente, considerando a proporcionalidade do item anterior.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 057/2008 (fls. 217/219), o autuado foi intimado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes documentos fiscais emitidos, bem como o demonstrativo da proporcionalidade, conforme intimação à fl. 220 do PAF. Entretanto, não foi apresentado pelo autuado o demonstrativo referente aos boletos, para que fosse confrontado com os documentos originais e pudesse efetuar as necessárias exclusões do que fosse comprovado.

A diligente da ASTEC informou que foi apresentado o demonstrativo da proporcionalidade das saídas referentes às mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, mercadorias à alíquota de 7%, bem como mercadorias sujeitas à substituição tributária (fl. 222). Informa que, com base nos valores apresentados pelo autuado, foram apurados os percentuais de proporcionalidade nas saídas, conforme planilha que elaborou à fl. 218. Assim, foi elaborado novo demonstrativo de débito, considerando as proporcionalidades apuradas. Portanto, foram excluídos do levantamento fiscal os valores das bases de cálculo e ICMS, de acordo com a proporcionalidade, ficando reduzido o débito no período fiscalizado conforme planilha à fl. 219, totalizando R\$6.728,21.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC Nº 057/2008, o defendente se manifestou à fl. 232, aduzindo que a fiscalização não considerou a previsão estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96; não aceita como válidos os valores apresentados pelo Fisco com os informados pelas administradoras de cartão de crédito e não considera como válido o arquivo digital apresentado com os valores das operações transacionadas diariamente com as administradoras de cartões de crédito; os montantes assumidos pelo impugnante são aqueles resultantes da aplicação dos valores das vendas declaradas pelo autuado; entende que os percentuais encontrados para a proporcionalidade devem ser aplicados conforme demonstrativo que anexou à fl. 233. Solicita o julgamento pela procedência parcial do presente Auto de Infração, considerando os valores apresentados na planilha que elaborou.

À fl. 235 o autuante registrou que tomou ciência do PARECER ASTEC Nº 057/2008, mas não apresentou qualquer pronunciamento.

Tendo em vista que se trata de contribuinte enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e que no cálculo do imposto a diligente não considerou o crédito presumido de 8%, sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.357/98, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à ASTEC (fl. 238) para a diligente refazer os cálculos computando o mencionado crédito presumido, apurando o débito remanescente em cada mês objeto da autuação.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 120/2008 (fls. 239/240), foi cumprida a diligência solicitada, sendo informado pela diligente que os valores constantes da 6ª coluna do demonstrativo de fl. 18, se referem à base de cálculo da autuação, nos quais o autuante já havia concedido o crédito presumido. Partindo da base de cálculo da autuação, foram excluídos os valores relativos às

saídas de mercadorias isentas e com substituição tributária, conforme os percentuais apresentados no 1º demonstrativo à fl. 17. Portanto, a diligente entende que o crédito presumido já foi concedido. Diz que para eliminar as dúvidas do relator, são apresentados os demonstrativos com o cálculo da proporcionalidade, utilizando a base de cálculo sem exclusão do crédito presumido, partindo dos valores da autuação, com a exclusão do mesmo crédito, demonstrando que o resultado apresentado na diligência anterior (fls. 217/219) está correto, ou seja, já foram computados os valores relativos ao crédito presumido. Esclarece que os R\$0,13 de diferença entre o primeiro cálculo e o segundo se referem a questões de aproximações decimais realizadas pelos cálculos por meio de computador. Assim, a diligente conclui que em relação ao crédito presumido ficam confirmados os valores apurados na diligência anterior, PARECER ASTEC Nº 057/2005 (fls. 217/219).

À fl. 244 o autuado foi intimado do PARECER ASTEC Nº 120/2008 (fls. 239/240), tendo apresentado manifestação às fls. 247/248, aduzindo que a previsão legal para a presunção de omissão de saídas consta no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96; a fiscalização não considerou o referido preceito legal; que não admite como vários os valores apresentados pelo fisco como os informados pelas administradoras de cartões de crédito; não aceita como válido o arquivo digital apresentado pela fiscalização; que os valores assumidos pelo defendente são aqueles resultantes da aplicação dos montantes de vendas declaradas nos demonstrativos do autuado; que em relação à proporcionalidade devem ser aplicados os percentuais conforme demonstrativo apresentado; que na primeira diligência não foram analisados os cupons fiscais emitidos pelo autuado para confrontar com a relação “supostamente apresentada pelas administradoras de cartões”; que a própria SEFAZ era detentora da relação à época da ação fiscal e o autuante poderia ter realizado o confronto dos documentos fiscais emitidos com a relação de operações que possuía; que a fiscalização preferiu apelar para a presunção legal para se esquivar de proceder à auditoria de emissão de documentos fiscais, porque sabia que é árdua a tarefa de procurar milhares e milhares de Cupons Fiscais. Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, nos valores apresentados na impugnação.

O autuante tomou conhecimento do PARECER ASTEC Nº 120/2008, conforme ciente apostado à fl. 251, e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado alegou que o documento de fl. 06 não lhe foi entregue, e que o mencionado documento foi emitido em 11/10/2006, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2006, ou seja, o documento de fl. 06 foi trazido aos autos depois de encerrada a ação fiscal. Assegura que nenhum outro documento foi apresentado pelo preposto fiscal e reconhece que por meio da diligência determinada por esta 3ª JJF, novos elementos foram entregues ao autuado, e mesmo assim, o defendente entende que permanece inválido o lançamento.

O documento de fl. 6 se refere ao Relatório Anual de Informações TEF, que é um resumo das operações, e os mesmos dados estão descritos de forma pormenorizada no Relatório TEF diário e por operações. Neste caso, o Relatório de fl. 06 não constitui documento importante para o julgamento da lide.

Portanto, as eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que esta 3ª JJF deliberou pela realização de diligência fiscal (fl. 32) para que fossem acostados aos autos os Relatórios TEF diário por operações, e deliberou pela reabertura do prazo de defesa.

Constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho de 2006.

Sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Para elidir a exigência fiscal, é necessário que o contribuinte apresente, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilita a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Saliento que foi entregue ao defendente um CD contendo os Relatórios TEF Diário e por operação, conforme documento de fl. 199, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

Utilizando os dados do mencionado relatório, o autuante elaborou os demonstrativos objeto da autuação (fls. 08 a 17), tendo considerado os totais de cartões de débito/crédito, fornecidos pelas administradoras. Comparou os totais mensais fornecidos pelas administradoras com os totais de Cupons e Notas Fiscais D-1, apurando os valores originalmente exigidos.

O defendente alega que o autuante não levou em consideração que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é minimercado. Quanto a esta alegação, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, tendo sido informado no PARECER ASTEC Nº 120/2008, que o autuado apresentou o demonstrativo da proporcionalidade das saídas referentes às mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, mercadorias à alíquota de 7%, bem como mercadorias sujeitas à substituição tributária. A diligente informou que, com base nos valores apresentados pelo autuado, foram apurados os percentuais de proporcionalidade nas saídas, conforme planilha que elaborou à fl. 218 e 240. Assim, foi elaborado novo demonstrativo de débito, considerando as proporcionalidades, ficando reduzido o imposto apurado no período fiscalizado conforme planilha à fl. 219 e 240, totalizando R\$6.728,21.

O autuado não acatou os valores apurados na diligência fiscal, tendo apresentado uma planilha divergente à fl. 233, reconhecendo o débito no valor total de R\$2.151,93. Entretanto, no cálculo efetuado pelo defendente à fl. 233 foi comparado o total da receita bruta mensal com o valor mensalmente informado pela administradora de cartão de crédito/débito. Assim, o autuado apresenta o entendimento de que, para a presunção ser legítima, é preciso que os valores de

vendas declarados sejam inferiores aos montantes informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Entretanto, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que a exigência fiscal se refere à diferença apurada mediante levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Neste caso, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Na apuração do imposto devido, foram considerados os valores informados em relação aos cartões de crédito e de débito em confronto com os totais mensais das reduções Z e Notas Fiscais emitidas, e embora o autuado tenha alegado que não aceita como válido o arquivo digital apresentado pela fiscalização e que os valores assumidos pela empresa são aqueles resultantes da aplicação dos valores de vendas declaradas nos demonstrativos do autuado, tais argumentos não foram acompanhados de provas que pudessem elidir a exigência fiscal, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração.

O autuado alega que na diferença encontrada pelo autuante foi aplicada alíquota de 17%, como se fosse contribuinte normal, quando na verdade se trata pagamento pelo Regime Simplificado de Apuração. Diz que no período de janeiro a junho de 2006 encontrava-se inscrito na condição de microempresa e a sua receita bruta acumulada não ultrapassou o limite legal, e na Declaração de Movimento Econômico são informados os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SIMBAHIA.

Observo que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.357/98. Portanto, os cálculos efetuados pela autuante, estão de acordo com a legislação em vigor.

Entendo que não ficou comprovada nos autos a alegação defensiva, haja vista que o sujeito passivo não apresentou quaisquer documentos que comprovem a efetiva existência de outros documentos fiscais e respectivos boletos, para elidir a exigência fiscal, após a revisão efetuada pela ASTEC. Portanto, é parcialmente subsistente a infração, nos valores apurados nos demonstrativos à fl. 240, totalizando R\$6.728,22.

A segunda infração trata de exigência da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado, referente aos meses de janeiro a junho de 2006.

O autuado está inscrito na condição de microempresa, não foi dispensado pela legislação de usar ECF, sendo constatada emissão de Notas Fiscais D-1 em lugar do documento fiscal decorrente do uso de ECF.

Na condição de usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) o autuado está autorizado a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238. Portanto, a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas, e no caso em exame, não foi comprovado o

motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal, e o defendente reconhece o cometimento da irregularidade apontada na autuação fiscal.

Quanto ao pedido formulado pelo autuado para ser exonerado da multa exigida, entendo que não se aplica ao caso em exame, por não ficar comprovado nos autos que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, conforme previsto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Saliento que o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi reduzido de 5% para 2%, por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei 7.014/96, pela Lei 10.847, de 27/11/2007, e de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Por isso, entendo que deve ser reduzido o valor da multa exigida, conforme quadro abaixo. Mantida parcialmente a exigência fiscal.

DATA DE OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2006	911,04	2%	18,22
28/02/2006	945,50	2%	18,91
31/03/2006	1.147,64	2%	22,95
30/04/2006	629,06	2%	12,58
31/05/2006	155,01	2%	3,10
30/06/2006	80,49	2%	1,61
TOTAL	-	-	77,37

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **157064.0066/06-0**, lavrado contra **MERCADO BARRETO'S LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.728,22**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$77,37**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR