

A. I. N° - 281317.0008/07-3
AUTUADO - SUPRA INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.04.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0051-05/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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. Infração elidida em parte, em decorrência da comprovação de prestações de serviços. Concedido crédito fiscal presumido de 8% previsto no Art 408-S do RICM/BA. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. USUÁRIO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA. Autuado emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sujeitando-se ao pagamento de multa de 2% sobre o valor da operação, prevista no artigo 42, XIII-A, “h” da Lei 7.014/96, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Infração não elidida. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2007, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 9.895,80, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. (Valor histórico: R\$4.549,43; percentual da multa aplicada: 70%)
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. (Valor histórico: R\$5.346,37; percentual da multa aplicada: 5%)

O autuado, por meio de seu representante legal, ingressa com defesa, fls. 76 a 78, e tece os seguintes argumentos:

Quanto à suposta omissão de saída de mercadorias alega que as possíveis diferenças entre a comparação com valores de operações de vendas com cartão de débito e crédito, nem sempre podem ser associadas à prática de burla fiscal, uma vez que a venda e emissão de documento fiscal não ocorrem concomitante ao pagamento, seja ele realizado em cartão, dinheiro, cheque, promissórias, etc. Informa que também presta serviços de manutenção em computadores, sendo

que os ingressos de valores referentes a esta atividade não foram considerados na fiscalização, e nem as omissões de Notas Fiscais Modelo 1, conforme demonstrado no resumo de todas as operações de vendas e prestação de serviços realizadas no exercício de 2006.

Alega que cumpriu a principal regra, a de não permitir a saída de mercadorias sem documentos fiscais correspondentes, através da emissão de notas série D-1. E que a não utilização em alguns momentos do emissor de cupons fiscais, pelo seu volume em relação ao total de vendas, decorreu de vários problemas comuns a todas as empresas.

Dessa forma requer o cancelamento da infração 1, por não representar omissão de saídas de mercadorias, mas sim falta de cômputo de outras operações de vendas e serviços no respectivo trabalho fiscal.

Quanto à infração 2, requer a transformação da multa em notificação, sem ônus pecuniário, para que a partir da respectiva fiscalização, possa realizar a substituição do software e equipamentos físicos de emissão de cupom fiscal, além do treinamento de seus empregados para melhoria no cumprimento de obrigações fiscais.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 82 a 84, esclarecendo que:

As alegações do autuado quanto a infração 1 são inaceitáveis, já que o contribuinte deve apresentar compatibilidade entre cada documento fiscal emitido e o respectivo pagamento em cartão de crédito ou débito. Ou seja, para provar o que alega, deverá elaborar e apresentar demonstrativo no qual vincule cada pagamento efetuado com cartão de débito ou crédito ao correspondente documento fiscal emitido. Anexa arquivo, contendo planilha-relatório, com todas as operações realizadas com cartão de crédito ou débito no período de 01/01/2006 a 31/12/2006, retratando informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito.

Afirma que o contribuinte precisa fundamentar o que argumenta, provando através de demonstrativos e documentos mais precisos do que o que apresenta em sua defesa.

Quanto a infração 2 sustenta que a lei é clara quanto à emissão de notas fiscais de venda a consumidor, apenas autorizando a sua emissão nos momentos em que não seja possível emitir o cupom fiscal através do ECF, ou seja, quando este estiver quebrado ou faltar energia, etc.

Assim sendo, o enquadramento da infração tem compatibilidade com a sua descrição, já que o documento que o contribuinte está obrigado a emitir nas situações de venda a consumidor é o cupom fiscal e não o fez quando emitiu notas fiscais de venda a consumidor, apesar de que o ECF encontrava-se em perfeito funcionamento.

O autuante mantém integralmente os termos da autuação e sugere que seja fornecido ao autuado o CD com o arquivo contendo planilha-relatório com todas as operações realizadas com cartão de crédito ou débito no período de 01/01/2006 a 31/12/2006, a fim de que o contribuinte elabore e apresente demonstrativo, no qual vincule cada pagamento efetuado com cartão de débito ou crédito ao correspondente documento fiscal emitido, e que seja reaberto prazo de 30 dias para que o contribuinte elabore e apresente o demonstrativo solicitado, relativo à infração 1.

O autuado ratifica a defesa inicial, nas fls. 91 e 92, e acrescenta que:

Os totais apurados estão de acordo com os documentos fiscais e, inclusive, com o próprio levantamento fiscal, com exceção dos faturamentos a partir do “ECF”, dos meses de abril e outubro, por não terem sido incluídas no montante levantado pela fiscalização as Reduções Z nº 1584 de 26/04/2006 no valor de R\$3.428,10 e nº 1737 de 25/10/2006, no valor de R\$1.213,10, e receitas com prestações de serviços, também auferidas no período, conforme comprovado através das cópias de todas as reduções Z, emitidas nos meses mencionados, e de Documentos de Arrecadação Municipal pagos, correspondentes à 5% das receitas de serviços prestadas, conforme anexo.

Contudo, alega que o demonstrativo diário solicitado, com a respectiva associação entre operações de débito e crédito e o documentário fiscal, restou prejudicado, uma vez que não foi possível correlacionar, uma a uma, 14.481 operações com cartões de pagamento.

O contribuinte reafirma a ocorrência de problemas técnicos, momentâneos, no equipamento de emissão do cupom fiscal, durante o exercício de 2006, resultando na necessidade de emissão de nota fiscal série D-1, de venda a consumidor, para acompanhar a operação de saída de mercadorias, conforme possibilita o parágrafo 2º do art. 238 do RICMS.

Diante do exposto reafirma os itens da defesa preliminar e confirma o pedido de cancelamento das supostas infrações ou conversão em notificação.

A 4ª JF deliberou, fl. 117, que o processo fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante tomasse conhecimento da defesa e dos documentos anexos, fls. 91 a 109, e se manifestasse com relação a estes documentos, elaborando demonstrativos, se necessário, inclusive o de débito, caso em que o contribuinte, também, seria intimado a receber cópias, da nova informação fiscal, para que se manifestasse.

O autuante, fl. 119, atendendo a diligência esclarece que:

Quanto à infração 1, o contribuinte não trouxe fato novo e não apresentou o cotejamento entre as vendas informadas nos documentos fiscais e os relatórios diários de operações TEF, necessário à fundamentação da sua defesa para elisão dessa infração.

Que em face dos argumentos apresentados, pelo autuado, não há condições de chegar a uma conclusão, sem um aprofundamento em planilhas e documentos fornecidos pelo autuado, para que se possa conferir o alegado nos termos da defesa.

Quanto à infração 2, alega que o contribuinte apenas reafirma os argumentos da defesa, sem trazer algo diferente do apresentado na inicial.

Dessa forma, mantém integralmente os termos da autuação, especialmente porque o contribuinte continua a não apresentar provas consistentes do alegado.

VOTO

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, tendo inclusive o autuado recebido o Relatório TEF Diário de Operações, com consequente reabertura do prazo de defesa, documento de fl. 85.

Na infração 1, está sendo exigido ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

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 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”.

Pelo que se vê, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, 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. Portanto, o ônus da prova para esta ocorrência é do contribuinte.

No presente caso, o autuado tenta comprovar a regularidade de suas operações fiscais alegando que as diferenças encontradas nos meses de abril e setembro de 2006, não podem ser consideradas omissões de saídas, pois apenas representam a variação entre o momento da efetivação da venda ou serviço e seu efetivo pagamento, conforme o disposto no art. 218 do RICMS/97. Assim, teria ocorrido um descompasso entre o momento da fatura e seu posterior pagamento, e que houve falta de cômputo de outras operações de vendas e serviços no trabalho fiscal.

Ocorre que o contribuinte deve apresentar compatibilidade entre cada documento fiscal emitido e o respectivo pagamento em cartão de crédito ou de débito. Assim, deverá vincular cada pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito ao correspondente documento fiscal emitido, mas não o fez até o presente momento. Analisando a fotocópia de fl. 108/109, constato que não se trata de Redução Z, e não se encontra especificado qualquer pagamento efetuado por meio de cartão de crédito/débito, vinculado a cupons fiscais. (1584 de 27/04/2006 e 1737, de 26/10/2006).

Outrossim, o “demonstrativo de faturamento reduções Z, meses de abril e outubro” de fl. 107, trata-se de planilha elaborada pelo contribuinte, que não especifica as vendas registradas com cartões de crédito/débito, logo sem relevância para a defesa.

Quanto aos DAM (Documentos de Arrecadação Municipal, que comprovam o ingresso de receitas de prestações de serviços, constato que se referem à 5% do faturamento daquelas receitas, que foram informadas pelo contribuinte na planilha apreendida na peça de defesa, (fl.77), e que devem ser consideradas, pois efetivamente comprovadas.

Neste caso, a proporcionalidade devem ser abatidas da diferença encontrada nas operações com cartões de crédito, no valor total de R\$60.603,50.

Quanto aos valores apontados como emitidos por meio de notas fiscais Modelo 1, o autuado não trouxe aos autos qualquer destas notas, nem vinculou-as a um efetivo pagamento por meio de cartão de crédito/débito, portanto não as considero.

Assim, o valor da diferença de ICMS encontrada passa a ser o seguinte:

| Período | ECF | NF D1 | NF serviços | Total venda mês | Operações com cartões de crédito | Dif | 17% |
|-----------|------------|-----------|-------------|-----------------|----------------------------------|-----------|----------|
| Janeiro | 73.175,35 | 9.635,85 | 3.180,00 | 85.991,20 | 64.179,94 | 21.811,26 | 0 |
| Fevereiro | 48.315,39 | 8.383,60 | 13.754,00 | 70.452,99 | 49.566,58 | 20.886,41 | 0 |
| Março | 55.756,06 | 34.434,85 | 3.019,90 | 93.210,81 | 73.543,21 | 19.667,60 | 0 |
| Abril | 47.170,40 | 13.620,10 | 2.580,00 | 63.370,50 | 72.729,84 | 8.979,34 | 1.526,48 |
| Maio | 67.917,95 | 22.937,75 | 1.904,50 | 92.760,20 | 86.276,66 | 6.483,54 | 1.102,20 |
| Junho | 54.460,95 | 12.804,85 | 4.871,00 | 72.136,80 | 70.216,60 | 1.920,20 | 0 |
| Julho | 64.020,69 | 17.310,45 | 3.077,50 | 84.408,64 | 87.138,02 | 2.729,38 | 463,99 |
| Agosto | 69.656,01 | 17.214,60 | 5.265,00 | 92.135,61 | 94.275,70 | 2.140,09 | 363,82 |
| Setembro | 54.193,60 | 12.446,64 | 4.531,00 | 71.171,24 | 79.265,94 | 8.094,70 | 1.376,09 |
| Outubro | 53.206,20 | 24.492,00 | 6.940,00 | 84.638,20 | 82.878,39 | 1.759,81 | 0 |
| Novembro | 101.654,65 | 17.866,01 | 5.212,00 | 174.732,66 | 76.530,17 | 98.202,49 | 0 |
| Dezembro | 84.545,48 | 13.669,70 | 6.268,60 | 104.483,78 | 69.105,88 | 35.377,90 | 0 |
| TOTAL | | | | | | | 4.832,58 |

Ressalto que por ser contribuinte inscrito no Simbahia, na época da ocorrência dos fatos geradores, deve ser concedido o crédito de 8%, previsto no art. 408-S do RICMS/97, consoante a tabela abaixo:

| Base de calculo | Débito 17% | Crédito 8% | ICMS devido | Mes |
|-----------------|------------|------------|-------------|--------|
| 8.979,29 | 1.526,48 | 718,34 | 808,14 | Abril |
| 6.483,52 | 1.102,20 | 518,68 | 583,52 | Maio |
| 2.729,35 | 463,99 | 218,34 | 245,65 | Julho |
| 2.140,11 | 363,82 | 171,20 | 192,62 | Agosto |

| | | | | |
|----------|----------|--------|----------|----------|
| 8.094,64 | 1.376,09 | 647,57 | 728,52 | Setembro |
| Total | | | 2.558,45 | |

Infração parcialmente procedente com ICMS no valor de R\$2.558,45.

Quanto à infração 2, em que está sendo aplicada multa por emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal.

No mérito, o Auto de Infração, em lide, caracteriza-se pela exigência de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 5% sobre o valor das operações, tendo em vista que o contribuinte emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no exercício de 2006, meses de janeiro a março, maio, novembro e dezembro.

O contribuinte alegou a existência de problemas técnicos no equipamento emissor de cupom fiscal, razão porque teria se utilizado de notas fiscais série D1m de venda a consumidor, para acompanhar as operações de saídas de mercadorias, conforme art. 238, § 2º do RICMS/97, mas não apresentou provas consistentes da alegação.

A emissão de outro documento fiscal em lugar do daquele decorrente do equipamento de controle fiscal, está estabelecida no RICMS-BA, nos seus artigos 238 e 824-B, que prelecionam as hipóteses em que tal ocorrência pode ser considerada:

Art. 824-B. 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.

(...)

§ 3º Não se exigirá o uso do ECF:

I - nas prestações de serviços de comunicação, serviços de transporte de carga e de valores e serviços de transporte aeroviário ou ferroviário de passageiros;

II - nas operações ou prestações realizadas fora do estabelecimento, nas destinadas a entidade da administração pública ou nas promovidas por:

a) contribuintes enquadrados no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de Ambulante;

b) concessionárias de serviço público, relacionadas com o fornecimento de água, energia elétrica e gás canalizado;

c) fabricantes ou revendedores de veículos automotores, nas saídas destes veículos.

d) instituições de assistência social ou de educação de que trata o inciso II do art. 32 deste Regulamento;

e) pelo estabelecimento usuário de sistema de processamento de dados para emissão de Nota Fiscal em operação de saída de mercadoria para entrega no domicílio do adquirente;

f) prestador de serviço de transporte rodoviário ou aquaviário de passageiro que utilizar sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de bilhete de passagem.

III - aos contribuintes do ICMS optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, enquadrados na condição de microempresa cuja receita bruta anual não exceda a R\$ 144.000,00 (cem e quarenta e quatro mil reais).

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou I-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou I-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado 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.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a

Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.

§ 4º No caso emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor em ECF para cancelamento de Nota Fiscal de Venda a Consumidor anterior, aquela deverá ser emitida em jogo de formulário em branco.

§ 5º O documento fiscal emitido em ECF não poderá ser retido pelo emitente, sendo permitida, contudo, a retenção de cupom adicional ao Cupom Fiscal, emitido para este fim.

Da análise destes dispositivos regulamentares, concluo que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrar impedido de emitir o cupom fiscal, o que não restou evidenciado nos autos.

Ressalto, entretanto, que a multa específica para esta infração, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, de 5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF foi alterada para 2%, por meio da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, cujo valor passa a ser de conforme demonstrativo de débito abaixo, em decorrência do princípio da reteratividade benigna:

| Data ocorr | Data Venc | Base de calculo | Multa | Valor |
|------------|------------|-----------------|-------|----------|
| 31/01/2006 | 09/02/2006 | 9.635,85 | 2% | 192,72 |
| 28/02/2006 | 09/03/2006 | 8.383,60 | 2% | 167,67 |
| 31/03/2006 | 09/04/2006 | 34.434,85 | 2% | 688,69 |
| 31/05/2006 | 09/06/2006 | 22.937,75 | 2% | 458,75 |
| 30/11/2006 | 09/12/2006 | 17.866,01 | 2% | 357,32 |
| 31/12/2006 | 09/01/2007 | 13.669,70 | 2% | 273,39 |
| TOTAL | | | | 2.138,54 |

Infração caracterizada, com redução da multa aplicada para 2%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281317.0008/07-3**, lavrado contra **SUPRA INFORMATICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.558,45**, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.138,54**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2009.

ANTONIO CÉSAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR