

A. I. N.º - 130076.0020/07-2
AUTUADO - INOSS- INOVAÇÃO EM SERVIÇOS E SUPRIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO DAVID RAMOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 17/04/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0062-03/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS 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 subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. 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. Infração comprovada. Efetuadas correções nos cálculos e alterado o percentual da multa para 2%. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2007, reclama ICMS no valor de R\$8.677,53, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$7.758,84, com as seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a novembro de 2006, no valor de R\$8.677,53, com multa aplicada de 70%.

Infração 02: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a maio de 2006, sendo exigido multa no valor total de R\$7.758,84.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às folhas 155/161, por meio de advogado legalmente habilitado (fl. 162), dizendo que a autuação é descabida, porque toda venda efetuada é devidamente acompanhada da emissão de Nota Fiscal, bem como contabilizada no Livro de Registro de Saídas, e que o cartão de crédito nada mais é do que uma modalidade de pagamento dentre inúmeras existentes no mercado. Acrescenta que todas as vendas realizadas, em qualquer modalidade, são inteiramente contabilizadas, configurando a receita bruta da empresa. Entende que o autuante incorreu em equívoco ao realizar o lançamento tributário, porque desconsiderou a receita bruta mensal do autuado, consubstanciada nas Notas Fiscais de Saída devidamente lançadas e contabilizadas no livro de Registro de Saídas. Diz que a título de exemplo, verifica-se que no mês de janeiro de 2006, o autuante aponta uma suposta omissão de saída no valor de R\$22.749,95,

enquanto que o total das saídas tributadas do autuado foi de R\$37.212,00, aí já estando incluídas as vendas mediante cartão de crédito, e que a mesma situação ocorre nos demais meses que foram objeto do lançamento impugnado. Salienta que é de se concluir, que inexiste omissão de saída de mercadoria tributada, ao contrário do afirmado pelo autuante, pois, no total do faturamento mensal da empresa, já estão englobadas as vendas mediante cartão de crédito, não havendo a ocorrência do fato imponível ensejador do presente lançamento. Diz que vigora como um dos pilares do Sistema Tributário Nacional, o princípio constitucional da reserva legal tributária ou legalidade estrita, expresso no artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988, que proíbe a exigência de tributo sem lei que o estabeleça. Entende que a lei instituidora de um tributo deve, sob pena de invalidade, determinar todos os aspectos da regra matriz, dentre eles a hipótese de incidência tributária, e que é sabido que a hipótese de incidência do ICMS é a realização de um negócio jurídico que tenha como objeto a circulação de mercadorias, inexistindo operações relativas à circulação de mercadorias não há que se falar em cobrança de ICMS. Cita ensinamentos de Roque Carraza para fortalecer suas alegações. Diz que no presente caso, não há provas ou indícios da ocorrência da hipótese de incidência, e não pode prevalecer uma tributação por presunção, sob pena de violação dos princípios da legalidade estrita, presunção de inocência e segurança jurídica. Entende que não se pode exigir do deficiente a produção de provas referente a fatos negativos, e neste sentido, transcreve posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Reproduz o § 3º, inciso VI do art. 2º do RICMS/BA, assegurando que é inaplicável o mencionado dispositivo e que, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF 0333-11/05, ao julgar caso idêntico, anulou o Auto de Infração, ante a aplicação equivocada da metodologia empregada pela fiscalização. Requer a improcedência da infração 01. Quanto à infração 02, alega que o lançamento é descabido tendo em vista que, à época, por se tratar de microempresa, estava dispensado da obrigatoriedade da utilização de equipamento Emissor de Cupom fiscal "ECF", tendo emitido notas fiscais das saídas das mercadorias tributadas. Diz que a decisão do CONSEF, através do Acórdão CJF 0333-11/05 também se aplica a esta infração, requerendo a improcedência da infração 02.

O autuante prestou informação fiscal às folhas 301/304, dizendo que a declaração de vendas 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, conforme descrito no art. 2º § 3º, VI do RICMS-BA. Sustenta que a apuração de diferença encontrada através da Operação ECF para verificar se o contribuinte emitiu cupom fiscal para as vendas efetuadas através de cartão de crédito/débito, foi efetuada em conformidade com os valores informados mensalmente pelas Administradoras, e que foram examinadas e comparadas as reduções "Z" diárias com os valores informados pelas Administradoras de cartões, conforme planilhas e demonstrativos acostados aos autos. Salienta que foram também relacionadas todas as Notas Fiscais de Venda a Consumidor, cópias de todas as REDUÇÕES "Z", inclusive aquelas com a discriminação do meio de pagamento e que foi concedido crédito presumido de 8% por ser o contribuinte Empresa de Pequeno Porte. Entende que a Redução Z do ECF é um resumo de todas as operações ocorridas naquele dia, bem como um de seus componentes chamado "MEIO DE PAGAMENTO" que resume ali a forma como o contribuinte recebeu valores naquele dia, ou seja, se numa determinada aquisição o cliente pagou através de dinheiro, cheque, cartão, promissória, duplicata etc. Quanto à infração 02, diz que não procede a alegação do autuado de que está dispensado do uso de ECF, pois na verdade o contribuinte é empresa de pequeno porte. Reproduz os artigos 238, II, § 1º e 915, XIII-A, alínea "h" do RICMS-BA, para fortalecer seus argumentos. Finaliza dizendo que o contribuinte deveria demonstrar objetivamente através dos cupons fiscais devidamente comprovados com cópias, que o meio de pagamento utilizado foi o cartão de crédito/ débito, e ratifica as infrações imputadas.

Conforme Acórdão JJF N° 0324-03/07, o presente Auto de Infração foi julgado procedente por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal (fls. 307 a 310).

O autuado apresentou recurso voluntário às fls. 318/326 dos autos, pedindo o provimento do mencionado recurso e julgamento de improcedência do presente Auto de Infração.

A PGE/PROFIS apresentou o entendimento de que “os argumentos do recorrente não são suficientes para infirmar o auto de infração” e opina pelo conhecimento e improvimento do recurso voluntário, conforme Parecer às fls. 332 a 335 do PAF.

A Primeira Câmara de Julgamento Fiscal declarou a nulidade da decisão recorrida (fls. 339 a 342), por entender que ficou comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter-lhe sido fornecido o relatório diário analítico das informações TEF. Portanto, o presente PAF foi devolvido ao órgão prolator da Decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento.

Considerando a decisão da 1^a CJF, e que não consta no PAF, comprovação de que o autuado recebeu as cópias do Relatório Diário de Operações TEF e do levantamento fiscal (fls. 08 a 40), o que não permitiu ao defensor a visualização completa das operações realizadas por meio de pagamento com cartão de crédito ou de débito, esta 3^a JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, os mencionados Relatórios Diários, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Foi solicitado para constar, na intimação, a informação de que, para elidir a exigência fiscal, o contribuinte deveria apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais. Sendo apresentado o mencionado demonstrativo, o PAF ser encaminhado ao autuante, para solicitar ao contribuinte a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais originais, e fazer o confronto com os demonstrativos que devem ser apresentados pelo defensor, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 355), acompanhada de cópia do Relatório Diário de Operações TEF e do levantamento fiscal, sendo reaberto o prazo de defesa, estando comprovado o recebimento, por meio do “AR” à fl. 356. Decorrido o prazo concedido, não foi apresentada qualquer manifestação pelo defensor.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas mediante o confronto entre os valores informados pelas operadoras de cartões de crédito/débito e os valores lançados na leitura Z do ECF, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por ter o autuado emitido outro documento em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Observo que a diferença apurada no levantamento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, é resultado do cotejo entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e o apurado na leitura Z do ECF do defensor, e tal exigência fiscal está amparada na presunção legal, prevista no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96:

§ 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.

Vale salientar, que o art. 2º § 3º VI do RICMS-BA, também caracteriza tal fato como omissão de saídas anteriores sem pagamento do imposto.

Art 2º

(...)

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

A presunção legal exigida no Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Neste caso, cabe ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício, apresentando cópias dos cupons fiscais ou notas fiscais acompanhadas com os respectivos boletos emitidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, nos termos do artigo 123 do RPAF-BA.

Por se tratar de presunção legal, inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente ao contribuinte a responsabilidade da apresentação dos elementos de provas que demonstrem se existem ou não o fato apurado no procedimento administrativo tributário. As alegações defensivas não são suficientes para elidir a exigência fiscal imputada no presente Auto de Infração e não cabe a este órgão julgador buscar as provas cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado.

Verifico que o autuante apurou o valor de R\$46.327,02, extraído da leitura da redução “Z” do ECF do autuado, informando o montante de R\$140.922,88, relativo às vendas com cartões de crédito/débito informado pelas administradoras, resultando em ICMS devido no valor de R\$8.677,63, já deduzidos os créditos fiscais devidos, conforme fl. 08 dos autos.

Constato, ainda, que no demonstrativo à folha 08, foi concedido o crédito presumido de 8%, a que faz jus as empresas inscritas no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA), na condição de Empresa de Pequeno Porte, nos termos do § 1º do art. 19 da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002.

O autuado também alegou que o total das saídas tributadas já contém as vendas realizadas mediante cartão de crédito/débito. Entretanto, não acato a alegação defensiva, tendo em vista que não se trata de comprovar o total das operações realizadas pelo estabelecimento, e sim o confronto das operações realizadas com cartão de débito ou de crédito com os documentos fiscais emitidos. Portanto, o autuado comprovaria suas alegações, acostando aos autos os boletos dos cartões de crédito/débito e os correspondentes documentos fiscais emitidos.

Entendo que ficou caracterizada a irregularidade apurada, haja vista que o sujeito passivo não apresentou quaisquer documentos que comprovassem a efetiva existência de documentos fiscais e respectivos boletos, para elidir a exigência fiscal. Concluo pela subsistência desta infração.

Com relação à infração 02, observo que o autuante elaborou planilha à folha 33, contendo o total das vendas com notas fiscais série D1, no valor total de R\$155.177,17, resultando em exigência de multa prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7.014/96, no percentual de 5%, correspondendo ao montante de R\$ 7.758,86, e o autuado não elidiu a acusação fiscal com as provas necessárias.

No que tange à alegação defensiva de que se tratava de microempresa desobrigada ao uso de ECF, não acato, uma vez que consultando o Sistema INC (Informações ao Contribuinte) da SEFAZ, constatei que o autuado estava inscrito na condição de Microempresa 2 até 31/03/06, Microempresa 4 até 30/06/06, e EPP a partir de 01/07/06.

Analisando os cálculos, constatei que o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, 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. Assim, fazendo as correções nos cálculos e aplicando-se o percentual de 2%, fica alterado o valor da multa exigida, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2006	09/02/2006	37.212,00	2%	744,24
28/02/2006	09/03/2006	13.532,00	2%	270,64
31/03/2006	09/04/2006	24.318,00	2%	486,36
30/04/2006	09/05/2006	36.602,39	2%	732,05
31/05/2006	09/06/2006	43.512,78	2%	870,26
TOTAL	-	-	-	3.103,55

Em relação ao uso de ECF, de acordo com o disposto no art. 238 do RICMS/97, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do mencionado artigo. Portanto a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas no RICMS-BA, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal. Infração subsistente em parte, no valor total de R\$3.103,55.

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

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 130076.0020/07-2, lavrado contra **INOSS- INOVAÇÃO EM SERVIÇOS E SUPRIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$8.677,53**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.103,55**, prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “h”, da mencionada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR