

A. I. N° - 113231.0150/07-8
AUTUADO - IVAN CARLOS OLIVEIRA CINTRA
AUTUANTE - JOSÉ DIONÍSIO NÓBREGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12.05.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0082-02/09

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As declarações 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 e/ou débito, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Feitos os devidos ajustes. Infração caracterizada parcialmente. **DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. 2.** ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL EM QUE ESTÁ PBRIGADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Percentual de multa reduzido de 5% para 2%. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/11/2007, imputa ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

- 1 - 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 cartões de crédito, sendo exigido o ICMS no valor de R\$47.275,91 e aplicada a multa de 70%, no período de janeiro de 2006 a setembro de 2007.
- 2 - emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o sujeito passivo, no período de janeiro de 2006 a setembro de 2007, sendo aplicada a multa pelo descumprimento da obrigação acessória no valor de R\$42.424,57.

O autuado, por seu patrono, apresenta defesa, às fls. 19 a 24, alegando que se insurge contra o presente Auto de Infração, por entender que o mesmo fora lavrado equivocadamente, em dissonância com a legislação aplicada, argüindo que por esse motivo pede o afastamento da penalidade através de sua anulação.

Salienta que é um microempresário que explora a atividade de bar, choperia, whiskeria e danceteria, conforme faz prova sua inscrição no registro público de empresas mercantis, aduzindo que a sua principal atividade é a venda de bebidas e o entretenimento com a danceteria, embora venda, também, petiscos a fim de acompanhar a bebida vendida no estabelecimento.

Assevera que o autuante estipulou um índice de 40% sobre o total do faturamento como sendo uma proporção de mercadorias sujeitas à tributação, com base na Instrução Normativa da Superintendência d Administração Tributária INSAT 56/07.

Argumenta que a sua principal fonte de receita se trata da venda de bebidas e a danceteria, a qual é tarifada mediante o pagamento de entrada, e que por isso, a proporcionalidade encontra da ordem de 40% do seu faturamento se mostra dissonante com a realidade, porque tem maior venda de bebidas, representando 85% de sua receita.

Pede que seja afastada a penalidade aplicada e ser declarado insubsistente a medida atacada.

Argui que na Infração nº. 02, constata que o tipo em que se enquadraria, em razão da suposta emissão de outro documento fiscal em lugar daquele do uso de equipamento de controle fiscal, seria aquele previsto no artigo 827-D, II, do Dec. 6.284/97, no seu entendimento ensinaria a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7.014/96.

Em seguida aduz que em relação à essa infração 02 a multa aplicada seria no valor equivalente a 2% do valor da operação, e o preposto fiscal, ao fixar o valor da multa em questão fez aplicando um percentual de 5%, razão pela qual pede que seja afastada a penalidade aplicada.

Prega, que o percentual de 2% deve incidir sobre o valor do tributo que está sendo discutido, porque houve pagamento do imposto. Profere que a aplicação de penalidade sobre parcela paga, é ilegal.

Defende que o autuante, em observância ao contido no art. 408-L, V, do RICMS/97, que transcreve, procedeu toda a autuação, fazendo o seu desenquadrando do SimBahia, no que tange às infrações descritas, objeto da autuação, considerando-o na condição de normal, sem observar a compensação dos créditos decorrentes das operação cujo o imposto fora cobrado antecipadamente.

Aduz que cobrando o imposto na condição de normal, haveria de ser considerado todos os créditos a que faz jus, alega que o autuante apontou um débito superior ao devido, motivo pelo qual há que ser revista a dívida.

Ressalta que, da simples análise demonstrativa das aquisições de mercadorias e serviços, as quais resultariam num determinado crédito em seu favor, em cotejo com os valores apontados no Auto de Infração. Diz que o Auto de Infração lavrado não está em consonância com a legislação atinente ao ICMS, porque está descrevendo valores errados, que devem ser revistos.

Enfatiza que observando o § 1º, do art. 408-S do RICMS-BA, concluir-se-ia que os créditos anteriormente mencionados, teriam limitação, haja vista que tal dispositivo determina o percentual de 8% incidente sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

Argui que essa linha de entendimento não merece guarida, porque o § 2º, do artigo citado acima, diz que havendo crédito fiscal superior ao aludido no parágrafo anterior (dispositivo retro mencionado), é assegurado a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher.

Sustenta que incorreu em erro o autuante, ao mensurar o montante devido pela empresa a título de ICMS, por essa razão merece ser revisto o Auto em questão.

Requer a insubsistência do Auto de Infração, declarando a sua nulidade. Pede que, não sendo este entendimento dos julgadores, seja realizada diligência, a fim de que se apure o valor devido,

considerando, todos os créditos a que faz jus. Em sendo mantida a autuação, solicita que a mesma seja ajustada, devendo se adequar à proporção das mercadorias sujeitas à tributação, alterando-se de 40% para 15%, do valor da receita, após as devidas compensações com os tributos já pagos a título de antecipação.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 30 a 34, transcreve o teor da impugnação, alegando que o Auto de Infração foi lavrado contra contribuinte de pequeno porte e cuja atividade principal é a de “bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas”.

Quanto à Infração 01, enfatiza que, conforme pode constatar no “menu” da empresa (fl. 14 –A), são ofertados aos seus clientes, além de bebidas e cigarros, produtos com ICMS pago antecipado, são vendidos aperitivos e refeições, que sofrem a tributação normal.

Salienta que o autuado ofereceu uma “declaração de faturamento” (fls.13 e 14), e que a partir desta declaração definiu a proporcionalidade das mercadorias sujeitas à tributação, conforme define a Instrução Normativa 56/07, que aplicou, para definir o valor da omissão de mercadorias tributáveis, demonstrado na planilha, à fl. 15.

Aduz que o autuado recebeu em arquivo magnético o Relatório Diário das Operações TEF fornecido pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito referente ao período de 01 de janeiro de 2006 à 30 de setembro de 2007, que constavam nas informações da Secretaria da Fazenda, com data de 06/11/2007, fl. 12.

Garante que a impugnação efetuada pelo autuado é equivocada em todos os seus itens, porque o Auto de Infração não teve equívoco na sua lavratura e os valores descritos no mesmo foram apurados no confronto entre as notas fiscais emitidas e os valores existentes no Relatório Diário de Operações TEF fornecido pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito.

Argumenta que a defesa alega que a autuação foi lavrada em dissonância com a legislação aplicada e que a mesma não esclarece quais são os equívocos existentes na autuação.

Esclarece que os valores da autuação estão relacionados às diferenças entre os valores informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito com os das notas fiscais emitidas no período considerado. Quanto à proporcionalidade das mercadorias tributáveis, pontua que foi apurada conforme o percentual entre bebidas e petiscos existentes na “declaração de faturamento” informada pelo autuado. Afirma que, quem define o percentual de 40% de mercadorias tributáveis é o próprio contribuinte na mencionada declaração.

Em relação à Infração 02, diz que a multa aplicada de 5% é a existente na data da lavratura do Auto de Infração, 05/11/2007, vigente quando o autuado tomou ciência da autuação, 06/11/2007, lembrando que a mesma passou a 2%, através da Lei 10.847 de 27/11/2007, publicada no D.O. de 28/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte, sob a alegação de que o Auto de Infração foi lavrado em dissonância com a legislação aplicada.

Ao contrário do que alegou o autuado, se encontram presentes no Auto de Infração todos os seus requisitos de validades, tais como: identificação do sujeito passivo e do sujeito ativo; o local, a data e a hora de sua lavratura; a descrição dos fatos; o enquadramento, a multa aplicada, a indicação da disposição legal infringida e a penalidade aplicável; a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugna-la no prazo designado; a assinatura do autuante e

indicação de seu cargo ou função, e a comprovação de entrega do Auto de Infração e dos seus demonstrativos ao sujeito passivo.

Por outro lado, o contribuinte tomando conhecimentos dos fatos narrados e dos elementos dos autos, impugnou a autuação, não havendo nenhum cerceamento do seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório. Além disso, no caso específico, a nulidade suscitada não está relacionada nas situações previstas no art.18, do RPAF-BA.

Do mesmo modo, não acato o pedido de diligência feito pelo sujeito passivo, tendo em vista que, alegou ter direito a crédito fiscal superior ao presumido concedido de 8%, bem como, que a proporção das mercadorias sujeitas à tributação corresponde a 15% do valor da receita, mas não trouxe aos autos elementos identificando os créditos fiscais alegados, e as mercadorias tributáveis no percentual reivindicado acima, que pudessem comprovar as suas alegações e consequentemente, fundamentar o pedido de diligência.

Ademais, já se encontram no processo todos os documentos formadores de minha convicção, de acordo com o art. 147, inciso I, do RPAF/99. A mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa, e essas incertezas não existem nos autos.

No mérito, no que se refere à 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 cartões de crédito, o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, considera ocorrido o fato gerador do imposto a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, atribuindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção.

Examinando os elementos acostados ao processo, ficou demonstrado que na realização do roteiro de fiscalização o autuante registrou os valores de vendas efetuadas com cupons fiscais, consignados nas reduções Z dos ECF e nas notas fiscais do contribuinte, e posteriormente esclareceu que não houve cupom fiscal, e excluiu dos valores informados pelas administradoras, todos os montantes de vendas realizadas com os referidos documentos fiscais. Sobre as diferenças encontradas, excluiu os valores relativos às operações isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, informados pelo contribuinte através de sua declaração de faturamento, às fls.13 e 14, encontrando a base de cálculo na proporção de 40% das mercadorias sujeitas à tributação, também informadas pelo sujeito passivo.

Analisando as peças processuais, observei que em razão das declarações inexatas, ou seja, dos registros de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de créditos, o imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais do contribuinte. Portanto, sobre as importâncias das saídas computadas na apuração do débito do imposto (base de cálculo), o autuante aplicou a alíquota interna de 17% e apurou o débito do ICMS, sendo que do valor apurado compensou o crédito presumido de 8%, encontrando assim o ICMS devido no período considerado, na forma prevista no art. 408-S, §§ 1º e 2º, do RICMS/97. O autuado alegou, mas não trouxe aos autos notas fiscais de compras demonstrando possuir créditos fiscais para compensar com os débitos apurados. Não houve compensação com tributos pagos a título de antecipação conforme pleiteou o contribuinte, visto que o ICMS foi exigido com base em presunção legal de omissão de saídas e o sujeito passivo não carrou aos autos provas de ter sido pago o imposto relativo a esta acusação. Estão corretos os procedimentos do autuante. Ficando assim, caracterizada a infração imputada.

Ressalto que, ao conferir os cálculos dos demonstrativos de fls. 15 e 16 dos autos, constatei que o autuante, ao compensar o crédito presumido de 8% sobre os valores das saídas computadas na

apuração do débito do imposto, o fez, compensando créditos em valores menores que os de direito, apurando, conseqüentemente, o ICMS devido em importâncias maiores que as efetivamente devidas. Sendo que, para devolver os créditos de direito, processei os ajustes necessários, ficando assim reduzido o valor da Infração 01 de R\$47.275,91, para R\$27.204,79, assim demonstrado:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de cálculo	Aliq %	Multa (%)	ICMS	Crédito Pres. 8%	Valor em Real
31/1/2006	9/2/2006	R\$ 4.344,59	17	70	R\$ 1.395,10	R\$ 656,52	R\$ 738,58
28/2/2006	9/3/2006	R\$ 5.656,76	17	70	R\$ 1.816,45	R\$ 854,80	R\$ 961,65
31/3/2006	9/4/2006	R\$ 5.599,88	17	70	R\$ 1.798,18	R\$ 846,20	R\$ 951,98
30/4/2006	9/5/2006	R\$ 4.128,82	17	70	R\$ 1.325,82	R\$ 623,92	R\$ 701,90
31/5/2006	9/6/2006	R\$ 3.434,88	17	70	R\$ 1.102,99	R\$ 519,06	R\$ 583,93
30/6/2006	9/7/2006	R\$ 3.917,94	17	70	R\$ 1.258,10	R\$ 592,05	R\$ 666,05
31/7/2006	9/8/2006	R\$ 4.423,41	17	70	R\$ 1.420,41	R\$ 668,43	R\$ 751,98
31/8/2006	9/9/2006	R\$ 6.650,88	17	70	R\$ 2.135,67	R\$ 1.005,02	R\$ 1.130,65
30/9/2006	9/10/2006	R\$ 8.621,06	17	70	R\$ 2.768,33	R\$ 1.302,75	R\$ 1.465,58
31/10/2006	9/11/2006	R\$ 6.003,71	17	70	R\$ 1.927,86	R\$ 907,23	R\$ 1.020,63
30/11/2006	9/12/2006	R\$ 11.072,35	17	70	R\$ 3.555,45	R\$ 1.673,15	R\$ 1.882,30
31/12/2006	9/1/2007	R\$ 14.576,65	17	70	R\$ 4.680,73	R\$ 2.202,70	R\$ 2.478,03
31/1/2007	9/2/2007	R\$ 10.579,65	17	70	R\$ 3.397,24	R\$ 1.598,70	R\$ 1.798,54
28/2/2007	9/3/2007	R\$ 9.458,59	17	70	R\$ 3.037,26	R\$ 1.429,30	R\$ 1.607,96
31/3/2007	9/4/2007	R\$ 11.892,47	17	70	R\$ 3.818,80	R\$ 1.797,08	R\$ 2.021,72
30/4/2007	9/5/2007	R\$ 6.904,76	17	70	R\$ 2.217,20	R\$ 1.043,39	R\$ 1.173,81
31/5/2007	9/6/2007	R\$ 9.137,53	17	70	R\$ 2.934,16	R\$ 1.380,78	R\$ 1.553,38
30/6/2007	9/7/2007	R\$ 9.684,35	17	70	R\$ 3.109,75	R\$ 1.463,41	R\$ 1.646,34
31/7/2007	9/8/2007	R\$ 11.350,41	17	70	R\$ 3.644,75	R\$ 1.715,18	R\$ 1.929,57
31/8/2007	9/9/2007	R\$ 345,01	17	70	R\$ 110,79	R\$ 52,14	R\$ 58,65
30/9/2007	9/10/2007	R\$ 12.244,47	17	70	R\$ 3.931,84	R\$ 1.850,28	R\$ 2.081,56
						Total	R\$ 27.204,79

Com relação à infração 02, que trata da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. O contribuinte alegou que houve suposição de emissão de outro documento, não admitindo que emitiu nota fiscal em lugar do cupom fiscal, entretanto, declarou expressamente faturamento no período levantado no total de R\$97.899,77, fls. 13 e 14 do PAF. Mais adiante, pediu que fosse aplicada a multa de 2% e não 5% sobre o valor do tributo que está sendo discutido. Esses dois pontos argüidos pelo contribuinte, de fato carecem reparações, que mais à frente serão demonstrados e ajustados.

Por outro lado, observo que no período fiscalizado, o autuante tomou como base de cálculo para aplicação da multa de 5% os valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e de débitos conforme registrado no demonstrativo de débitos, às fls. 04 e 05, quando, constatando que o contribuinte só emitiu nota fiscal, haja vista que o próprio contribuinte informou, deveria considerar para efeito de base de cálculo, os valores das operações declarados pelo próprio sujeito passivo, às fls. 13 e 14, extraídos de documentos fiscais diferentes de cupons fiscais, considerando que não existem nos autos provas da emissão desses documentos por ECF. Admitindo o sujeito passivo a emissão de nota fiscal, solicitou em sua defesa que fosse aplicada a multa de 2% sobre o valor do imposto pago, constatado pelo autuante.

Saliento que os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. O contribuinte não comprovou ter ocorrido

qualquer desses eventos em seu estabelecimento, que justificassem a emissão de nota fiscal no lugar do cupom fiscal.

Entretanto, tendo em vista a redução da multa de 5% para 2%, promovida pela Lei nº 10.847 de 28/11/2007, que alterou a alínea “h”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, entendo que no presente caso, deve ser aplicado o preceito disposto na alínea “c”, do art. 106, do Código Tributário Nacional - CTN, que institui a retroatividade benigna nos casos ainda não definitivamente julgados, em que lei tributária impõe a ato ou fato pretérito penalidade menos gravosa que a prevista na lei vigente ao da sua prática.

Assim, ficou reduzida a multa desta infração em comento, para 2%, adequando também a base de cálculo, que teve como referência os valores das operações de saídas, em que o sujeito passivo emitiu outro documento fiscal diverso do que estava obrigado, consoante informação consignada em sua planilha declaração de faturamento, às fls. 13 e 14 dos autos, corrigindo o valor desta Infração, que era de R\$42.424,57 passando para R\$1.938,66, cujos valores analíticos ficam assim formatados no Auto de Infração:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de cálculo	Multa (%)	Valor em Real
31/1/2006	9/2/2006	R\$ 1.968,30	2	R\$ 39,37
28/2/2006	9/3/2006	R\$ 1.242,30	2	R\$ 24,85
31/3/2006	9/4/2006	R\$ 855,31	2	R\$ 17,11
30/4/2006	9/5/2006	R\$ 6.451,00	2	R\$ 129,02
31/5/2006	9/6/2006	R\$ 10.341,67	2	R\$ 206,83
30/6/2006	9/7/2006	R\$ 850,55	2	R\$ 17,01
31/7/2006	9/8/2006	R\$ 5.138,51	2	R\$ 102,77
31/8/2006	9/9/2006	R\$ 6.452,77	2	R\$ 129,06
30/9/2006	9/10/2006	R\$ 9.950,56	2	R\$ 199,01
31/10/2006	9/11/2006	R\$ 5.713,61	2	R\$ 114,27
30/11/2006	9/12/2006	R\$ 7.079,00	2	R\$ 141,58
31/12/2006	9/1/2007	R\$ 4.851,58	2	R\$ 97,03
31/1/2007	9/2/2007	R\$ 3.789,95	2	R\$ 75,80
28/2/2007	9/3/2007	R\$ 3.776,64	2	R\$ 75,53
31/3/2007	9/4/2007	R\$ 4.781,18	2	R\$ 95,62
30/4/2007	9/5/2007	R\$ 1.687,00	2	R\$ 33,74
31/5/2007	9/6/2007	R\$ 2.865,50	2	R\$ 57,31
30/6/2007	9/7/2007	R\$ 7.251,08	2	R\$ 145,02
31/7/2007	9/8/2007	R\$ 3.293,08	2	R\$ 65,86
31/8/2007	9/9/2007	R\$ 4.278,69	2	R\$ 85,57
30/9/2007	9/10/2007	R\$ 4.315,05	2	R\$ 86,30
			Total	R\$ 1.938,66

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Represento à autoridade da INFAZ de origem, sugerindo instaurar novo procedimento fiscal, a fim de que seja apurado se os valores considerados pelo autuante como sendo “vendas com cartão constante redução z/nota fiscal” a partir da informação do autuado, coincidem com aqueles consignados nos Relatórios Diários TEF juntados ao PAF, (em valores e datas). Em caso positivo, exigir as diferenças encontradas. (Art. 156 do RPAF).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 113231.0150/07-8, lavrado

contra **IVAN CARLOS OLIVEIRA CINTRA** no valor de **R\$27.204,79**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.938,66**, prevista no inciso XIII-A, “h”, dos mencionados artigo e lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Esta junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR