

A. I. N° - 130076.0008/07-2

AUTUADO - SUPER SACOLÃO COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA
AUTUANTE - PAULO DAVID RAMOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 16/03/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0003-03/11

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. Concedido o crédito presumido de 8% previsto pelo §1º do artigo 19 da Lei n° 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA), em vigor à época dos fatos geradores do tributo. Imputação 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. Imputação não contestada no mérito. O percentual de multa remanescente foi reduzido de 5% para 2% do valor da operação por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei n° 7.014/96 pela Lei n° 10.847, de 27/11/2007, c/c o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Rejeitadas as argüições genéricas de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2007 e exige o ICMS, além da aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 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. Exercício de 2006 - meses de janeiro a dezembro. Demonstrativo às fls. 10 a 14. Relatório de Informações de Pagamentos por Transferência Eletrônica de Fundos – TEF Anual 2006 à fl. 15; Relatório Diário por Operações TEF 2006 às fls. 21 a 289. ICMS no valor de R\$92.904,87, acrescido da multa de 70%.

Infração 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 2006 - meses de janeiro a junho, novembro e dezembro. Demonstrativo às fls. 17 e 18. Multa no valor de R\$1.956,88.

O autuante acosta, à fl. 19, espelho do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ com dados de autorização para uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF

nos exercícios de 2005 e de 2006; à fl. 20, Relatório de Administradoras de cartões de Crédito autorizadas a enviar dados TEF do sujeito passivo à SEFAZ/BA; às fls. 290 a 707, e às fls. 779 a 840, cópias de leituras Reduções Z; às fls. 708 a 778, cópias do livro Registro de Saídas do sujeito passivo.

O autuado ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 844 a 852 (volume III), inicialmente reproduzindo os termos da imputação e, em seguida, tecendo considerações acerca de princípios constitucionais, das regras e fundamentos do regime simplificado SIMBAHIA, e citando juristas. Passa a falar acerca de sua atividade empresarial e diz ser do ramo de comércio varejista de alimentos, na condição de mercadinho.

Aduz que, por não ser obrigada, por força de lei, a manter alguns controles, “também nunca se preocupou em registrar em seu ECF, de forma precisa, a forma venda executada.” Aduz que a maioria de sua vendas é paga por meio de cartão, mas que em uma mesma venda o cliente pode pagar de variadas formas. Que “Neste caso, o operador do ECF simplesmente escolhia qualquer tipo de pagamento”, e registrava a venda. Diz que também permitia que o cliente pagasse valor maior no cartão, dando-lhe o troco em dinheiro, em razão de localizar-se longe de agência bancária. Que assim é praticamente impossível que o valor do ECF coincida com o relatório apresentado pelas administradoras de cartões. Questiona que, se a lei o exime de maiores controles, como poderia a SEFAZ exigir-lhe esse tipo de controle.

Aduz que esta SEFAZ, por coerência e justiça, deveria verificar se os valores mensais de venda estão compatíveis com o obtido junto às operadoras. Elabora tabelas às fls. 849 a 851, aduzindo que a diferença a ser paga ao erário seria de R\$3.971,85, ou então de R\$11.605,52. Que a tabela calculada pelo Fisco estaria equivocada, porque o preposto fiscal teria encontrado uma diferença de ICMS de R\$92.904,88 sobre uma base de cálculo de R\$561.343,20. Aduz que os valores lançados de ofício são insubsistentes.

Tece comentários acerca da infração 02, aduzindo ser a mesma contra o Direito, citando jurista e texto de poeta.

Conclui pedindo o julgamento pela procedência parcial da autuação. Anexa tabelas à fls. 853, indicando o valor de ICMS a ser pago de R\$3.971,85.

O autuante presta informação fiscal às fls. 860 a 862, inicialmente resumindo os argumentos defensivos, descrevendo a imputação e em seguida aduzindo, quanto à Infração 01, que cometeu equívoco quando calculou o ICMS à alíquota de 17% sobre os valores de pagamentos enviados a esta SEFAZ pelas administradoras de cartões, e não sobre a diferença entre tais valores e as informações do contribuinte. Que por isto foi devida ao contribuinte a reabertura do seu prazo de defesa, após receber o novo demonstrativo fiscal já corrigido. Relata a forma de apuração do imposto na Infração 01, aduzindo ter acostado ao processo as cópias de todas as Reduções Z do contribuinte, nas quais está indicado o meio de pagamento. Que também concedeu o crédito presumido de 8% por ser, o autuado, empresa de pequeno porte do regime simplificado SIMBAHIA.

Quanto à infração 02, informa que o contribuinte não a contra-arrazoou, admitindo-a tacitamente, e que ele, preposto fiscal, aplicou a legislação vigente à época, transcrevendo os artigos 911, §1º, 238, inciso II e §1º, e 915, inciso XIII-A, alínea “h”, todos do RICMS/BA.

Aduz que caberia ao contribuinte demonstrar objetivamente, com seus cupons fiscais, que o meio de pagamento utilizado nas vendas fora, efetivamente, cartão de crédito/débito.

Conclui ratificando a autuação.

O preposto do Fisco anexa Planilha Comparativa de Venda por Meio de Cartão de Crédito/Débito às fls. 863 e 864, reduzindo de R\$92.904,87 para R\$50.520,89 o débito de ICMS a ser lançado de ofício para a infração 01.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal e demonstrativos respectivos, conforme recibo à fl. 866, e pronuncia-se às fls. 868 a 870 resumindo o teor da informação fiscal e, em seguida, reproduzindo o artigo 2º, §3º, inciso VI, do RICMS/BA, aduzindo estar dispensada de escrituração fiscal, por ser Empresa de Pequeno Porte - EPP, pelo que ele, autuado, não se preocupara em informar o meio de pagamento nas vendas realizadas.

Diz que as empresas submetidas ao regime SIMBAHIA apuram o imposto pelo total de vendas independentemente da forma de pagamento, e que o texto normativo cita valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras. Que, assim, elaborou tabela à fl. 870, indicando o total de ICMS a recolher de R\$11.605,52, e citando que também poderia ser devido o total de R\$3.971,85 (tabela à fl. 874), por ser empresa de pequeno porte, discriminando valores de receita novos para os meses que indica à fl. 870. Que anexa cópia de seu livro caixa do período de 2006 (fls. 876 a 882) e de sua Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte SIMBAHIA – DME ano-base 2006 (fl. 884).

Conclui pedindo o julgamento pela procedência parcial da autuação.

À fl. 887 esta 3ª Junta deliberou por converter o PAF em diligência à INFRAZ de origem para que fossem entregues ao contribuinte cópia das fls. 21 a 289 do processo, referentes ao Relatório TEF com informações diárias individualizadamente informadas, e daquela Diligência, reabrindo-lhe o prazo de defesa. Foi indicado que na Intimação deveria constar a informação de que, caso o contribuinte decidisse apresentar nova impugnação ao lançamento fiscal, para comprovar as alegações defensivas porventura existentes, o contribuinte deveria apresentar relatório relacionando cada venda por meio de cartão de débito/crédito com o número do respectivo documento fiscal emitido (cupom fiscal ou nota fiscal), acompanhado com cópias dos boletos TEF e respectivos documentos fiscais, o que possibilitaria a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente provados como indevidos.

A diligência foi cumprida pela INFRAZ de origem, conforme recibo do contribuinte à fl. 888, e manteve-se silente, consoante despacho datado de 16/01/2008, da INFRAZ de origem, à fl. 895, reencaminhando o processo para julgamento.

O contribuinte ingressou, em 21/01/2008, conforme recibo do sistema informatizado de Protocolo desta SEFAZ – SIPRO/SEFAZ, à fl. 897, com nova impugnação às fls. 898 a 902 expondo que estaria anexando aos autos relatório “apenas superficial”, no qual estaria demonstrado, segundo afirma, que apesar de as vendas serem feitas com cartão, teriam sido registradas como pagamento a dinheiro. Diz que também estaria apresentando prova de que mais de 1.500 registros seus de venda a cartão não estariam coincidindo com as informações das administradoras de cartões, porque seus registros ECF estariam impossibilitados de coincidir com as informações das administradoras, pelo que a ação fiscal não poderia prosperar. Repete as alegações defensivas anteriores.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, exigindo-se o valor de R\$3.971,85, para a infração 01.

Acosta demonstrativos às fls. 903 a 917.

Às fls. 923 e 924, considerando, em relação à infração 01, que o contribuinte apresentara os demonstrativos de fls. 870; 877 a 882; 901; e 906 a 916 sem, contudo, anexar ao processo comprovação (boletos TEF, cupons fiscais e notas fiscais) de que emitira documentos fiscais nas vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e de débito, cujos montantes apresentam diferenças de ICMS a recolher, quando da comparação dos dados de vendas com cartão de crédito e de débito constantes de suas Reduções Z com os valores informados pelas administradoras de cartão de débito/crédito, esta 3ª JJF decidiu, em pauta suplementar, e na busca da verdade material, converter o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito intimasse o contribuinte a apresentar, anexando à intimação cópia daquela diligência: (1) demonstrativos, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houve a

respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período de 01/01/2006 a 31/12/2006. Estes demonstrativos deveriam ser anexados aos autos; (2) 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 01/01/2006 a 31/12/2006, apresentando, junto a cada documento fiscal, cópia do respectivo boleto TEF que comprovasse que a venda fora realizada por aquele meio. Estas cópias também deveriam ser anexadas aos autos.

Na diligência também foi solicitado que o preposto fiscal designado, a partir dos documentos apresentados pelo autuado, elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais referentemente às quais o contribuinte não comprovasse ter emitido documento fiscal. Após estas providências, o PAF deveria ser encaminhado à INFAZ de origem para que o autuante e o autuado fossem cientificados do resultado daquela diligência, devendo ser fornecida ao sujeito passivo, cópia dos demonstrativos e do parecer emitido pela ASTEC/CONSEF, acostados aos autos. Deveria também ser concedido ao autuante e ao autuado o prazo de dez dias para se manifestarem.

Às fls. 925 e 926, foi acostado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 218/2008, no qual a diligente designada relata que, em cumprimento à diligência solicitada à fl. 923 e 924, a empresa foi intimada em setembro de 2008 (Intimação à fl. 927), para apresentação dos demonstrativos e documentos fiscais, tendo o contribuinte apresentado apenas, através de e-mail, justificativa para o não atendimento da intimação fiscal, em 04/11/2008. Que após a intimação fiscal foram efetuados, por ela fiscal diligente, diversos contatos com a empresa e com o setor de contabilidade, através da Srª Luciene, Sr. Marcos e Sr Clésio, para a localização dos documentos e elaboração dos demonstrativos solicitados, sem obter êxito.

A representante do Fisco prossegue aduzindo que, embora o contribuinte tenha alegado que, em vista do número elevado de extravios das fitas detalhes do período analisado, a empresa tinha uma maior preocupação com as leituras Reduções Z, pois era essa leitura e o caixa que serviam de base para determinar o total da receita do ano, e também que ele, autuado, refizera os cálculos do ICMS EPP considerando o livro Caixa apresentado, e que o mais interessante para a empresa, seria a aplicação da proporcionalidade, então ela, diligente, analisando as novas argumentações do autuado, em comparação com a defesa apresentada à fl. 898, verificou que a empresa confirmava o que já fora dito anteriormente, inclusive quanto ao montante do débito fiscal devido sem, contudo, apensar aos autos os demonstrativos e documentos solicitados.

Conclui aduzindo que, diante do não atendimento da intimação fiscal pelo contribuinte, principalmente no tocante à entrega dos documentos fiscais, tornava-se impossível o cumprimento da diligência de fls. 923 e 924, a apuração dos fatos alegados e a elaboração de demonstrativo de ajuste do débito exigido no Auto de Infração.

A fiscal diligente acosta, às fls. 930 e 931, cópias de mensagem eletrônica enviada em 03/11/2008 pelo contribuinte e recebida pela diligente em 04/11/2008, com a indicação de quatro arquivos eletrônicos anexados; às fls. 932 a 935, petição dirigida pelo contribuinte à diligente, tratando do Auto de Infração, e da aplicação da Instrução Normativa - IN nº 56/2007; da aplicação da alíquota de 17% para apurar ICMS devido por empresa do SIMBAHIA, e repetindo parte das alegações defensivas, com tabelas, às fls. 935 e 936, citando como devido o ICMS no montante de R\$3.971,85, e de R\$3.465,41, este aplicando-se o teor da IN nº 56/2007, além de demonstrativos elaborados pelo contribuinte às fls. 937 a 949.

O contribuinte recebeu cópia do Parecer ASTEC/CONSEF nº 218/2008, e dos demonstrativos anexados, conforme documentos de fls. 952 e 953, com a concessão de dez dias para pronunciar-se a respeito.

O contribuinte voltou a manifestar-se às fls. 955 a 958, e 973 a 977, repetindo os termos da manifestação de fls. 932 a 935, e às fls. 959 a 973 anexando demonstrativos.

Às fls. 979 e 980, considerando as novas alegações defensivas acerca da aplicação do critério da proporcionalidade pelo fato de comercializar com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, esta 3^a Junta deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em nova diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal diligente elaborasse demonstrativo de débito aplicando o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, devendo posteriormente a INFRAZ de origem cientificar deste resultado autuado e autuante, fornecendo-lhes cópia do novo Parecer ASTEC/CONSEF emitido, com respectivos demonstrativos, concedendo-lhes o prazo de dez dias para pronunciarem-se.

Às fls. 982 e 983, Parecer ASTEC/CONSEF nº 0134/2020, relatando as providências tomadas em cumprimento à solicitação desta 3^a JJF, para o cálculo do débito de imposto aplicando o critério da proporcionalidade previsto pela IN nº 56/2007, o que resultou no débito de imposto referente à Infração 01 no montante de R\$17.964,29, conforme novo demonstrativo fiscal à fl. 997, e demonstrativo de débito à fl. 998.

Cientificados do resultado da Diligência, e tendo recebido cópia do parecer ASTEC/CONSEF e dos novos demonstrativos acostados aos autos, conforme comprovantes às fls. 999 a 1001, contribuinte e autuante mantiveram-se silentes, consoante despacho da INFRAZ de origem, à fl. 1.002.

VOTO

Preliminarmente, no que tange às alegações genéricas de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, cujo prazo foi reaberto por deliberação desta 3^a JJF, tendo, inclusive, pronunciado-se por diversas vezes neste processo.

Assinalo, por oportuno, que as multas indicadas pelo Fisco estão previstas no artigo 42, inciso III, e inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, com redação em vigor à época dos fatos geradores do débito tributário, e nos termos do artigo 125, incisos I e III, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, estão excluídas da apreciação deste Conselho a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de dispositivo normativo em vigor.

Argüições genéricas de nulidade rejeitadas.

No mérito, o Auto de Infração em lide trata de exigência ICMS no valor total de R\$92.904,87, acrescido da multa de 70%, em razão da 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.

O autuado contesta o cometimento da infração, pelas razões expostas no Relatório que antecede este voto, mas não apresentou documentos que elidissem, na totalidade, a presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Por dever de ofício, esta 3^a Junta deliberou pela conversão do processo em diligência à INFRAZ de origem, e depois em diligências à ASTEC/CONSEF, para que fossem entregues, ao contribuinte, as cópias de todos os demonstrativos do levantamento fiscal realizado, revisto o lançamento de ofício à luz do exame dos documentos do contribuinte, e aplicado o princípio da proporcionalidade consoante previsto na Instrução Normativa nº 56/2007.

Ademais, naquelas diligências esta 3^a Junta determinou também a reabertura do prazo de impugnação ao lançamento de ofício, e depois de abertura de vistas, para que o contribuinte comprovasse as suas alegações defensivas, diante da ausência, no processo, de documentos

fiscais que, comprovando os argumentos do sujeito passivo, porventura elidissem completamente a presunção. Cientificado das Diligências determinadas, o contribuinte manifestou-se a respeito das duas primeiras, e manteve-se silente após a realização da terceira diligência.

O sujeito passivo, à época dos fatos geradores do débito tributário apurado, estava enquadrado no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, consoante afirma, e confirmado através do Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ.

Os contribuintes enquadrados neste regime, nos termos da legislação fiscal estadual, recebiam tratamento diferenciado inclusive no momento da apuração de saldo devedor de ICMS, tal como ocorre no caso presente, em que, tendo sido corretamente aplicada a alíquota de 17% no cálculo do débito tributário - consoante artigo 19, combinado com o inciso V do artigo 15 da Lei nº 7.357/98, vigente até 30/06/2007, que previa, à época da autuação, para o caso de infração de natureza grave, a utilização da alíquota de 17% na apuração do imposto - foi deduzido, no cálculo do débito tributário lançado de ofício, o crédito presumido de 8%, procedimento adotado no levantamento fiscal, conforme planilhas dos demonstrativos fiscais. O artigo 408-L, inciso V, do RICMS/BA, definia que se tratava de infração de natureza grave a prevista no inciso III do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso III, à época incluía a constatação de omissões de receitas tributáveis por meio de levantamento fiscal. O texto do inciso III do artigo 915 do RICMS/BA espelhava o quanto disposto, até hodiernamente, no inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ainda em vigor.

Todavia, embora o percentual de multa hoje aplicável para esta infração seja de 100% do débito tributário, aplica-se, à situação em lide, a multa de 70% prevista à época dos fatos geradores do débito tributário.

Embora não questionado desta maneira pelo contribuinte, esclareço que a colocação da alíquota de 17% no demonstrativo do débito do Auto de Infração, por imposição do programa de informática do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, não onerou o sujeito passivo.

Ressalto, porém, que o fato de estar enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto não exime a empresa de cumprir com as obrigações acessórias regulamentares, e o artigo 238, §7º, do RICMS/BA, define, como obrigação acessória dos contribuintes que possuem equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, que a forma de pagamento deverá ser indicada no documento emitido, sem exceção aqueles enquadrados nesse regime:

art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, (...), nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, (...):

§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

O RICMS/BA, norma infra-legal, regulamenta os termos da Lei nº 7.357/98, vigente até 30/06/2007, e seu poder determinante dela permanece. A Lei estabelece normas de caráter geral quanto à criação das obrigações principal e acessória – a segunda para garantir, inclusive, a exequibilidade do controle do cumprimento da primeira - e o Regulamento, instrumento do Poder Executivo, determina, detalhadamente, as regras necessárias ao seu cumprimento. Portanto, existe previsão legal para a indicação da forma de pagamento utilizada nas operações de venda por meio de cupom fiscal.

Assinalo que a emissão do documento fiscal é de responsabilidade do contribuinte, cabendo-lhe providenciar o cumprimento da legislação fiscal informando, corretamente, qual a forma de pagamento utilizada no cupom fiscal que emite.

O autuado não comprovou, de forma objetiva, erro quanto à totalidade dos valores apurados pela fiscalização. 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 improcedência da autuação, não apresentou documentos que a elidissem completamente, mas a elidiu em parte.

A situação de que a empresa apresente valores de vendas mensais, efetuadas com, e sem, a utilização de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, em montantes superiores àqueles que as administradoras de cartões de débito e de crédito informam à SEFAZ/BA como sendo os resultantes das operações de vendas com cartões em cada mês, não comprova que ocorreu a emissão de nota fiscal, ou de cupom fiscal, nas vendas das quais resultaram a diferença que foi objeto do lançamento de ofício, resultante do confronto dos valores de operações com o uso de cartões informados em suas leituras diárias das operações realizadas por seu ECF - denominadas Reduções "Z" - com os dados fornecidos pelas administradoras de cartões.

O legislador, ao determinar, no mencionado §7º do artigo 238 do RICMS/BA, que o contribuinte deverá indicar, no cupom fiscal, o meio de pagamento adotado na operação, viabiliza o controle, pelo Fisco, das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, diferenciando esta forma de operação das demais. Neste sentido, tendo sido encontrada diferença entre o valor de vendas através de cartões de crédito/débito apurado pelo contribuinte em suas leituras Reduções "Z", e o valor informado pelas empresas administradoras dos citados cartões, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas, conforme disposto no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, observando-se ainda o teor do citado §7º do artigo 238 do RICMS/BA, sendo facultado ao autuado provar a ilegitimidade da presunção.

Pelo exposto, o autuado, de posse do relatório que lhe foi entregue, mesmo tendo descumprido a obrigação acessória de discriminar a forma de pagamento realizada por seus clientes, em suas operações com ECF, poderia ter juntado ao processo demonstrativo das operações de vendas realizadas no período objeto da imputação, correlacionando-as às cópias dos cupons fiscais processados por seu ECF, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, e cópias das notas fiscais expedidas, para provar que foram emitidos os documentos fiscais correspondentes à totalidade das vendas realizadas com a utilização de cartões. Não tendo assim providenciado, o contribuinte não provou ser totalmente ilegítima a presunção, o que caracteriza o cometimento da infração e a sua subsistência parcial.

Infração 01 procedente em parte no valor de R\$17.964,29, conforme demonstrativo de débito acostado à fl. 998 pela Auditora Fiscal diligente.

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 não foi contestada pelo recorrente, que admite ter emitido notas fiscais em lugar de cupons fiscais, mas alega que esta situação não implicou em falta de recolhimento do imposto. 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 emissor de cupom fiscal, conforme documento de fl. 19, espelho do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ com dados de autorização para uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF nos exercícios de 2005 e de 2006. E, conforme demonstrativo elaborado pelo preposto fiscal às fls. 17 e 18, cujos dados não foram contestados pelo sujeito passivo, este emitiu tais documentos em vendas realizadas para consumidor final. Portanto, está documentada, e admitida pelo autuado, a ocorrência da infração 02.

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, janeiro a dezembro de 2006, 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
31/01/2006	38.375,92	2%	767,52
28/02/2006	269,44	2%	5,39
31/03/2006	271,48	2%	5,43
30/04/2006	28,45	2%	0,57
31/05/2006	27,41	2%	0,55
31/06/2006	5,92	2%	0,12
30/11/2006	18,80	2%	0,38
31/12/2006	140,65	2%	2,81
TOTAL			782,77

Diante do exposto, mantendo a procedência da imputação, voto pela redução, de ofício, do valor da multa por descumprimento de obrigação acessória aplicada pela imputação 02, de R\$1.956,88 para R\$782,76.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$18.747,05.

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 130076.0008/07-2, lavrado contra **SUPER SACOLÃO COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.964,29**, acrescido da multa de 70% prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, com redação em vigor à época dos fatos geradores do débito tributário, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$782,77**, 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.

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, 02 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR