

A. I. Nº - 088299.0004/10-0
AUTUADO - LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA.
AUTUANTE - DJALMA BOAVENTURA DE SOUSA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 13.07.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0196-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Item procedente. 2. OPERAÇÃO COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração não impugnada. Aplicação do art. 140 do RPAF. Item procedente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DO DECORRENTE DO ECF NA SITUAÇÃO EM QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA. Infração caracterizada, inclusive por expressa admissão do fato pelo Impugnante. Afastada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/09/2010 para exigir ICMS e multa no valor total de R\$52.573,82, em decorrência das imputações abaixo descritas:

1. Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009. Valor do ICMS: R\$ 29.131,30;
2. Operações com mercadorias tributáveis, caracterizadas como não tributáveis. Fatos ocorridos nos períodos: junho de 2008 e julho de 2009. Valor da multa: R\$ 11.017,36;
3. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa variável em razão da emissão da nota fiscal de venda a consumidor em lugar do cupom fiscal do ECF. Fato verificado nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009. Valor da penalidade: R\$12.425,26.

O contribuinte apresentou impugnação, anexada às fls. 172/6 do PAF. Pede a nulidade do lançamento fiscal alegando quebra indevida de sigilo de informações TEF que entende protegido pelos incisos X e XII da CF/88. Alega que o fisco não detendo autorização judicial não pode ter acesso irrestrito à movimentação financeira registrada através dos TEFs anexados aos autos e aduz ainda que prescinda de decisão judicial para tal feito, apresentou sua escrita fiscal para que se procedesse à fiscalização.

Entende que a utilização dos TEF's para fins tributários na LC 105/2001 carece de regulamentação, não existente na Bahia. Em reforço da sua tese, transcreve o art. 1º, §1º, VI, §3º, V, art. 5º, §1º, XIII,

e art. 6º, da citada lei. Entende que para a SEFAZ utilizar os TEF's necessita: a) autorização do contribuinte; b) regulamentar tal uso.

Alega não haver no caso o devido processo legal e ter sido cerceado no seu direito de ampla defesa. Transcreve o §2º do art. 824-W, do RICMS-BA, para dizer que nos autos não há prova de o pedido de informações ter sido feito por autoridade competente, o que, no seu entendimento, fulmina de nulidade o procedimento fiscal, com base no art. 18, I, do RPAF.

Quanto à emissão de notas fiscais modelos 1 e 1-A, diz que o art. 824-D, II do RICMS-BA, que transcreve, trata da utilização de ECF que permita a não emissão de relatório, fato que não condiz com o caso concreto e que torna nula a infração. Alega que esse inciso não pode ser subsumido aos fatos indicados, haja vista que o próprio autuante informa que o emissor do autuado se encontrava em conserto. Logo, não há meios para que o autuante haja verificado se o ECF possuiria ou possa facultar ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

Argumenta que a tipicidade impede que o autuante subsuma o fato (estar o ECF em reparos) à norma sancionadora (possibilidade de este facultar a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados), c/c art. 42, XIII – A, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Admite que emitiu alguns documentos fiscais em vendas a não contribuintes, mas dentro do que facilita o art. 238 do RICMS-BA. Salienta que todas as notas fiscais foram emitidas em razão de defeitos técnicos do emissor, ausência de energia e/ou outras contingências que ocorrem no curso da atividade mercantil. Aduz que o ICMS devido em tais operações foi recolhido, requerendo, por isso, a improcedência da infração.

Conclui pugnando que o auto de infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal (fls. 183 a 185). Com relação à infração 01, informa que a utilização das informações prestadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito encontra respaldo no art. 2º, §3º, VI, do RICMS-BA, que transcreve.

Ressalta que nas diferenças apuradas para efeito de tributação considerou a totalidade das vendas registradas pelo autuado nos livros fiscais, conforme demonstrativo de fls. 11 a 14, aplicando-se o critério da proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Com relação à infração 02, diz apenas que o contribuinte sobre ela não se manifestou.

No que se refere à infração 03, reafirma a licitude do procedimento fiscal uma vez que o autuado não utilizou o ECF para o registro de suas operações, emitindo em seu lugar a nota fiscal de venda a consumidor. Afirma que, como pode ser observado nos livros Registro de Saída nºs 06 e 07, cujas cópias anexa, a alegação defensiva de que foram emitidos “alguns documentos” não é verdadeira, pois nos livros não consta registro de qualquer cupom fiscal.

Quanto à questão relativa à anotação na intimação fiscal de que o ECF estaria em conserto, esclarece que tal anotação fora feita no momento da arrecadação dos documentos onde não foram apresentadas as Reduções Z dos exercícios 2008 e 2009, sob tal alegação. Aduz que também não foi apresentado atestado de intervenção ou nota fiscal de remessa para credenciado a intervir em ECF. Salienta que nas informações do sistema INC da SEFAZ, consta que a última intervenção no ECF ocorreu em 03/12/2006, conforme atestado nº 2705, para reparo com programação da memória de trabalho, não constando informação sobre cessação de uso, pelo que ratifica a multa exigida.

Conclui pela procedência da autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS e multa em decorrência das seguintes imputações: 1. Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição

financeira e administradora de cartão de crédito; 2. Operação com mercadorias tributáveis, caracterizadas como não tributáveis; 3. Multa por emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O contribuinte pede nulidade do lançamento fiscal alegando quebra indevida de sigilo de informações TEF que entende protegido pelos incisos X e XII da CF/88. Alega que o fisco não detendo autorização judicial não pode ter acesso irrestrito à movimentação financeira registrada através dos TEFs anexados aos autos. Entende que a utilização dos TEF's para fins tributários na LC 105/2001 carece de regulamentação, não existente na Bahia. Entende que para a SEFAZ utilizar os TEF's necessita: a) autorização do contribuinte; b) regulamentar tal uso. Por fim, alega desobediência ao devido processo legal e ter sido cerceado no seu direito de ampla defesa. Transcreve o §2º do art. 824-W, do RICMS-BA, para dizer que nos autos não há prova de o pedido de informações ter sido feito por autoridade competente, o que, no seu entendimento, fulmina de nulidade o procedimento fiscal, com base no art. 18, I, do RPAF.

Portanto, em atenção ao art. 154 do RPAF, inicialmente devo dizer que, ao contrário do expressado pelo impugnante, o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF. Foi entregue ao contribuinte autuado cópia dos papéis de trabalho, inclusive do relatório diário TEF, conforme recibo de fl. 169, tendo ele estabelecido o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa. Não tenho a fazer qualquer observação quanto ao método de fiscalização utilizado e, as infrações autuadas são respaldadas na legislação tributária da Bahia, sendo o item 01 no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o 02, nos arts. 1º c/c o art. 219, V e 2º, §3º, VI, do RICMS-BA, e o item 03 nos arts. 238, inclusive §7º e 824-D, do mesmo regulamento.

Com relação à alegação de defesa de que as informações fornecidas pelas administradoras de cartões não podem ser usadas por falta de regulamentação e autorização do contribuinte, importa ressaltar que:

1- O art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA estabelece a presunção de 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 valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

2- O Convênio ECF 01/01, dispõe na Cláusula segunda sobre as informações dos faturamentos de usuários de equipamentos emissores de cupons fiscais ao fisco, prestadas por administradoras de cartões, em função de cada operação ou prestação, com os requisitos que estabelece. Por óbvio, tais informações, em poder do fisco podem e devem ser manipuladas por seus prepostos em suas atividades institucionais, competentemente autorizados, como foi a Autoridade Fiscal autuante neste caso através da Ordem de Serviço juntada aos autos à fl. 08.

Ante o exposto, afasto a nulidade suscitada e passo à análise de mérito do lançamento tributário de ofício.

Trata a infração 01 de uma presunção legal, formatada dentro de um processo lógico, resultante da associação que se forma entre o fato hipotético, pressuposto, e um fato desconhecido, cuja existência é provável, mas que tem relação com a hipótese de incidência tributária, podendo nela subsumir-se quando não elidida por prova em contrário. É o caso da declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, cuja presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto está prevista no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independentemente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com

recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao autuado comprovar a improcedência dessa presunção legal, o que, no caso presente, não logrou fazê-lo, em que pese sua exposição defensiva.

Resta inofismável que, por força do cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, através desse tipo de auditoria, o autuante constatou os valores diários fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, e os comparou com aqueles declarados no ECF como cartão de crédito e/ou de débito, e, confirmada a presunção, caracterizou-se a infração narrada no item 01 do lançamento fiscal e nos demais documentos insertos nos autos, em especial, no demonstrativo de fls. 11 e 13.

A par disso, olvidou o Impugnante relevante disposição legal - como bem salientado pelo autuante na informação fiscal -, eis que, na qualidade de usuário obrigatório do ECF, deveria ter agido em consonância com a regra do art. 238, do RICMS, que lhe impõe anexar a 1^a via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – na via fixa da nota fiscal emitida, na qual deve ser consignado o número sequencial atribuído ao equipamento emissor desse cupom fiscal e o número deste, o que, omissivamente, deixou de fazê-lo, em transgressão à legislação do ICMS, atraindo, por inércia, a penalidade respectiva.

Observo, ainda, que para confirmar validamente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ao fisco cabia efetuar o cotejamento entre o que consta nos “Relatórios de Informações TEF – Diário” recebidos, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram submetidos à tributação, haja vista que nos citados TEF’s diários entregues ao autuado em meio magnético conforme recibo de fl. 169 estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Para elidir a acusação fiscal, **compelia** ao autuado comprovar que as operações de venda cujo pagamento se deu através dos cartões de crédito e/ou débito conforme informado pelas administradoras, foram devidamente oferecidas à tributação mediante a emissão dos respectivos documentos fiscais. Entretanto, neste caso, preferiu silenciar quanto ao aspecto fático para apenas arguir a impossibilidade de o fisco usar as informações de suas vendas fornecidas pelas administradoras de cartões, atitude que se enquadra no quanto previsto nos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, uma vez que não apresentando a defesa acompanhada das indispensáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do regulamento citado, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas e a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Deste modo, concluo que não há razão para o inconformismo do sujeito passivo, pois é pertinente o cotejo levado a efeito pelo preposto fiscal, ficando patente a transgressão, pelo contribuinte, do dever estabelecido no art. 238, do RICMS, em relação à irregularidade de caráter acessória, e o descumprimento da obrigação principal na medida do valor exigido para a infração 01. Portanto, caracterizada e com integral subsistência está a infração 01. Infração procedente.

A infração 02 se refere a operações de venda de mercadorias tributáveis, caracterizadas como não tributáveis, cujos elementos de prova (demonstrativo e respectivos documentos fiscais) estão nas fls. 15 a 17, dos autos.

Analizando os documentos autuados relativos a essa infração, vejo que nas notas fiscais 4038 e 4287 (fls. 16 e 17) consta destacado o ICMS nos valores aqui exigidos ao tempo que confirme a informação do autuante de que a NF 4287 registrando venda de R\$52.170,00, foi lançada no livro Registro de Saída de Mercadorias com o valor de R\$ 75,00 (fl. 110), e a NF 4038, registrando venda de R\$12.638,00, sequer se acha lançada no respectivo livro Registro de Saída de Mercadoria do

autuado, cujas cópias juntou aos autos por ocasião da ação fiscal (fls. 19 a 139).

Sobre essa infração – que está flagrantemente exposta e provada nos autos -, de fato, como observa o autuante na informação fiscal, o contribuinte não se pronuncia na defesa apresentada, abrigando, também nessa infração, a incidência do disposto no já citado art. 140 do RPAF, qual seja: “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*” Portanto, também caracterizada e inteiramente subsistente é o item 02. Infração procedente.

A infração 03 refere-se a multa por emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle nas situações em que está obrigado.

Na impugnação, o autuado diz que o art. 824-D, II do RICMS-BA trata da utilização de ECF que permita a não emissão de relatório, fato que não condiz com o caso concreto e que torna nula a infração. Alega que esse inciso não pode ser subsumido aos fatos indicados, haja vista que o próprio autuante informa que o emissor do autuado se encontrava em conserto.

Embora admitindo que emitiu algumas notas fiscais em vendas a não contribuintes em razão de defeitos técnicos do ECF, ausência de energia e/ou outras contingências que ocorrem no curso da atividade mercantil, diz que isso ocorreu dentro do que faculta o art. 238 do RICMS-BA, e argumenta que a tipicidade impede que o autuante subsuma o fato (estar o ECF em reparos) à norma sancionadora possibilidade de este facultar a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados, c/c art. 42, XIII – A, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, o autuante afirma a licitude da autuação, uma vez que o autuado não utilizou o ECF para o registro de suas operações, emitindo em seu lugar a nota fiscal de venda a consumidor. Afirma não ser verdade a alegação defensiva de que foram emitidos apenas “alguns documentos”, pois nos livros não consta registro de qualquer cupom fiscal.

Quanto à sua anotação na intimação fiscal de que o ECF estaria em conserto, esclarece que isso se deu porque essa foi a alegação do contribuinte para não lhe apresentar as Reduções Z dos exercícios 2008 e 2009, no curso da ação fiscal.

Pois bem, analisando os autos com relação a essa infração, não tenho dúvida que a razão assiste também ao autuante, pelo seguinte: a) de fato, nos livros Registro de Entrada de Mercadorias do período fiscalizado, cujas cópias, providencialmente, o autuante carreou aos autos (fls. 20 a 139), todos os documentos de vendas de mercadorias são notas fiscais, o que, por si só, faz cair por terra a alegação defensiva; b) se verdade fora a alegação de emissão de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal a que está obrigado pelo art. 238, caput, o autuado não comprova as contingências que diz lhe terem obrigado emitir as notas fiscais, a exemplo de atestado de intervenção por defeito do ECF, prova de ausência de energia e/ou outras contingências como alega ocorridos na sua atividade mercantil.

Assim, sendo a atividade fiscal vinculada e não discricionária, agiu bem o autuante em exigir a multa pecuniária no valor que, ressalvo, não foi contestado pelo impugnante, pois é a prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, para a infração que, inequivocamente, resta constatada por agressão ao art. 824-D do RICMS-BA, pois desde 01/01/03, o ECF, obrigatoriedade, não pode possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados, e sendo as ocorrências relativas ao período janeiro/2008 a dezembro/2009, não há que questionar tal dispositivo no ECF do contribuinte autuado. Infração procedente.

Por todo o exposto, voto, portanto, pela total PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088299.0004/10-0**, lavrado contra **LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 40.148,66**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 29.131,30 e

60% sobre R\$11.017,36, previstas no art. 42, III e II “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$12.425,16**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, do mesmo diploma legal, com os devidos acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2011.

PAULO DANILo REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR