

A. I. N º - 180573.0007/04-6
AUTUADO - LOJÃO MATA ESCURA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFAS/S. FILHO
INTERNET - 07.12.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0479-01/04

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. VENDAS APURADAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor 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 reconhecida pelo contribuinte, com parcelamento do débito. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que 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 não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/08/2004, para constituir o crédito tributário no valor total de R\$ 43.660,07, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados. A empresa na qualidade de usuária de ECF, deixou de emitir cupons fiscais no momento de suas vendas, fato este detectado através do confronto entre as leitura Z diárias e o relatório de Informações TEF extraído do Sistema INC da SEFAZ, com imposto devido no valor de R\$7.465,10, referente aos meses de março e agosto a dezembro de 2002.

- 2- Omissão de saídas de mercadorias 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 administrativa de cartão de crédito. A empresa na qualidade de usuária de ECF, deixou de emitir cupons fiscais nas vendas efetuadas com cartão de crédito e de débito no momento de suas vendas, fato este detectado através do confronto entre as leitura Z diárias e o Relatório de Informações TEF extraído do Sistema INC da Secretaria da Fazenda, com imposto devido no valor de R\$15.895,78, referente aos meses de janeiro, fevereiro, junho a setembro e dezembro de 2003 e janeiro a março de 2004.
- 3- Multa no valor de R\$ 20.299,19, por ter o autuado emitido notas fiscais de venda a consumidor e modelo 1 concomitante com a emissão de cupom fiscal através de ECF – Equipamento Emissor de Cupom autorizado (sem justificativa), desvirtuando assim as normas regulamentares a respeito do uso do citado equipamento no período de janeiro de 2003 a março de 2004.

À folha 30, foi acostado aos autos extrato do Sistema de Informações da Administração Tributária, onde consta o parcelamento de parte do Auto de Infração em lide, no valor do principal de R\$23.360,88 [R\$ 7.465,10 (infração 1) + R\$ 15.895,78 (infração 2)], tendo o recolhimento da 1^a parcela ocorrido em 30.09.2004.

O autuado, às fls. 31/36, impugnou parcialmente o lançamento tributário, preliminarmente alegando que o Auto de Infração não contém os requisitos necessários, uma vez que foge a regramentos de lei, o que lhe denomina como ilegal e arbitrário.

Reconheceu ser devido o valor de R\$ 15.895,78, tendo informado que já parcelou e vem pagando.

Alega que a aplicação da multa prevista no artigo 42, XII-A, “a”, do RICMS/97, não é cabível na situação em tela, pois foi aplicada a multa de 5% sobre o tributo devido.

Salienta que, diversamente do que fora relatado pelo fiscal a utilização do equipamento não foi indevida, uma vez que não existe nenhum impedimento na legislação, em relação a emissão de notas fiscais pela empresa, quando possua o ECF. Só obstaculariza a lei esta prática nas situações em que a empresa seja obrigada a utilizar um dos meios, não havendo na mesma, qualquer proibição sob a emissão de notas fiscais para pessoas jurídicas quando possuir o equipamento, que é o caso evidenciado. Assevera que o imposto devido no período foi recolhido na data certa.

Em seguida teceu comentários sobre os princípios da igualdade, capacidade contributiva, para embasar sua alegação de que a multa aplicada é confiscatória.

Ao finalizar, requer pela desconstituição da autuação.

O autuante, à fls. 40/42, ao prestar a informação fiscal, ressaltou que o autuado reconheceu o débito exigido através das infrações 1 e 2, conforme Demonstrativo de Pagamento à folha 30 do PAF, tendo se insurgido contra a multa de 5% decorrente da não utilização do ECF para emissão do documento fiscal no momento de suas vendas, conforme está descrita na infração 3.

Aduz que o autuado alega em sua defesa, equivocadamente, que a multa de 5% recai sobre o tributo, o que não é verdade, pois a multa incidiu sobre os valores emitidos através de notas fiscais sem justificativa para tal, haja vista que, a mesma era autorizada a emitir cupom fiscal pelo ECF.

Em relação a afirmativa do defendant de que não existe nenhum óbice na legislação a emissão de notas fiscais pela empresa, quando possui o ECF, diz que tal afirmativa é contrária ao que diz a

legislação a respeito, conforme podemos observar através dos dispositivos do artigo 238 e seus incisos I e II e parágrafos 1º e 2º, do RICMS/97, os quais transcreveu, para comprovar que o autuado não atendeu ao previsto nos dispositivos transcritos.

Ressalta que o procedimento utilizado pelo autuado não foi o previsto no regulamento, uma vez que utilizava ambas as fontes de emissão de documentos, dificultando assim o levantamento comparativo entre o TEF – Transferência Eletrônica de Fundos, cujas informações são fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e aquele constante das leitura Z emitidas pelo ECF. Tal prática contribui também para acobertar a omissão de saídas, minimizado as diferenças ou até anulando-as. Tal descumprimento está com a penalidade prevista no artigo 915, inciso XIII-A, “h”, do RICMS/97.

Quanto à alegação defensiva de ser a multa confiscatória, esclareceu que no levantamento efetuado, constatou que o autuado ao utilizar o critério de emitir notas fiscais ao invés dos cupons fiscais, foi uma maneira de omitir as vendas em cartões, já que nas notas não aparecem discriminações e, portanto fica impossível apurar o total real das omissões. Ademais, tal multa está prevista em lei

Ao final, opinou pela manutenção da autuação.

VOTO

Analizando os elementos que instruem o PAF, contatei que o auditor imputa ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, através do confronto entre as leitura Z diárias e o relatório de Informações TEF extraído do Sistema INC da SEFAZ (infração 1); omissão de saídas de mercadorias 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 administrativa de cartão de crédito (infração 2) e multa por ter o autuado emitido notas fiscais de venda a consumidor e modelo 1 concomitante com a emissão de cupom fiscal através de ECF – Equipamento Emissor de Cupom autorizado (sem justificativa), desvirtuando assim as normas regulamentares a respeito do uso do citado equipamento (infração 3).

Em relação às infrações 1 e 2, as mesmas foram reconhecidas com devidas pelo autuado, tendo requerido o parcelamento do débito e já iniciado o pagamento do parcelamento, conforme extrato acostado aos autos. Dessa forma, não existe lide em relação as mesmas, razão pela qual considero que essas infrações restaram devidamente caracterizada.

Quanto à infração 3, em relação a argüição de constitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Em relação ao mérito da autuação, o autuado não nega a acusação de que emitiu outro documento fiscal em substituição ao Cupom Fiscal, uma vez que não utilizou o ECF, embora esteja obrigado, na forma da legislação em vigor.

A obrigatoriedade da utilização do referido sistema encontra-se prevista no RICMS/97, no artigo 824-B, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“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.”

O argumento defensivo de que não existe na legislação qualquer restrição a emissão de notas fiscais pelo contribuinte que se encontre obrigado a utilizar o ECF, não pode ser acolhido, uma vez que as operações do autuado não se enquadram em nenhuma das hipóteses elencadas no §3º, do artigo 824-B, de dispensa de utilização do ECF, o qual transcrevo:

“Art. 824-B....

§ 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 aerooviário 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 ajustada não exceda a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).”

Por sua vez, o artigo 42, XIII-A, “h” estabelece multa específica de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado, estando o procedimento do autuante correto, uma vez que a multa aplicada encontra-se prevista na legislação, portanto, não pode ser considerada como confiscatória como pretende o autuado.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 180573.0007/04-6, lavrado contra **LOJÃO MATA ESCURA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 23.360,88, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$ 20.299,19,

prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da mesma Lei, e demais acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

MARCELO MATTEDE SILVA - JULGADOR