

A. I. N° - 269114.0903/04-9
AUTUADO - WALMIR MOSQUEIRA MARTINEZ JÚNIOR
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARÍ
INTERNET -24. 02. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0038-04/05

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento. Nessa condição, as saídas subseqüentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS. Infração não caracterizada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA À CONSUMIDOR. De acordo com o Regulamento do ICMS a emissão de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal pelo contribuinte que utiliza equipamento de controle fiscal só é admitida em situações especiais de impossibilidade justificada de impedimento de uso do equipamento, ou a pedido do comprador, circunstância esta não comprovada nos autos. Mantida a multa por restar comprovado o cometimento da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/09/2004, exige ICMS no valor de R\$4.533,46, além de impor multa de R\$3.702,06, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada, com ICMS devido de R\$4.533,46, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao que foi fornecida por instituição financeira e administradora de cartão de crédito;
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$3.702,06.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 90/94 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como o teor do inciso VI e seu § 3º, do art. 2º, do RICMS/97 tidos como infringidos.

Em seguida, alegou que a situação descrita jamais se verificou, pois em nenhum momento os valores de vendas efetuadas foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, conforme poderá ser verificado por meio das DMA's em anexo (fls. 96/114), oportunidade em que elaborou à fl. 91 uma planilha contendo os valores das operações realizadas em alguns meses do exercício de 2003, em apoio ao seu argumento.

Salienta ser evidente que a infração na forma apontada pelo autuante não encontra guarida na legislação em vigor, pois, não se enquadra no tipo descrito no RICMS/BA, o que contraria o princípio da legalidade que disciplina as relações tributárias.

Prosseguindo em seu arrazoado, alega que é uma empresa que atua no ramo de distribuição de bebidas, as quais estão enquadradas no regime de substituição tributária, oportunidade em que fez a junta às fls. 118/543 de cópias de notas fiscais de compras, para embasar a sua alegação.

Requer a aplicação do critério da proporcionalidade em relação à infração 1.

Quanto à infração 2, disse que jamais determinou a emissão de qualquer outro documento em lugar do que deveria ter sido emitido pelo equipamento eletrônico. Como justificativa, esclarece que no período objeto da autuação, o ECF estava bloqueado por problemas técnicos, conforme pode ser comprovado pelo Atestado de Intervenção em anexo.

Solicita, com base no princípio da equidade, que a infração imputada seja convertida em descumprimento de obrigação acessória, no sentido de aplicar a multa de 1 UPF.

Ao finalizar, pede que o Auto de Infração seja considerado nulo e, caso assim não entenda o CONSEF, que seja aplicado o critério da proporcionalidade, o que descaracteriza a infração, já que comercializa somente com mercadorias com fase de tributação encerrada (bebidas).

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 546 dos autos, fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas em relação à infração 1.

Em seguida, alegou que pelo fato do autuado comercializar exclusivamente com produtos substituídos e não ser enquadrado no regime SIMBAHIA, não há explicação razoável para a omissão de saída de mercadorias.

Com referência as DMA's juntadas pela defesa em apoio ao seu argumento, esclarece que as mesmas são preenchidas pela empresa, sem nenhuma crítica pelo Fisco.

Acerca da infração 2, em que o autuado apresentou um Atestado de Intervenção, aduz que o mesmo somente comprova uma semana de paralisação, além do que o documento anexado se trata de uma cópia, sem poder probatório para elidir a autuação.

Ao concluir, requer a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que instruem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada em decorrência dos valores constantes nas reduções em Z como feitas por meio de cartão de crédito e débito, serem inferiores aos que foram informados a SEFAZ pelas administradoras dos referidos cartões e instituições financeiras.

Para instruir a ação fiscal, o autuante elaborou à fl. 7 uma planilha onde foram consignados os valores constantes nas reduções em Z, referentes a vendas efetuadas pelo autuado por meio de

cartão de crédito e débito no exercício de 2003, bem como com os valores informados pelas administradoras e instituições financeiras, as diferenças apuradas e o valor do imposto devido.

Em sua impugnação ao lançamento, o autuado alegou que as mercadorias que comercializa estão enquadradas no regime de substituição tributária, ou seja, com fase de tributação já encerrada. Para embasar o seu argumento, o autuado fez a juntada às fls.118/529 de cópias das notas fiscais de compras das mercadorias, cuja alegação não foi acatada pelo autuante em sua informação fiscal.

Sobre a autuação e após compulsar os documentos acima citados, observei ser pertinente a alegação defensiva, motivo pelo qual entendo que razão assiste ao autuado. É que de acordo com o art. 356, do RICMS/97, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária

Face o contido no dispositivo supra, entendo que o roteiro adotado pelo autuante não é o apropriado para o ramo de atividade desenvolvida pelo autuado, portanto, a presunção prevista no parágrafo 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, não deve ser utilizada para exigência de imposto, pois, implica em bi-tributação, o que é vedado pela legislação.

Em razão do acima expandido, considero não caracterizada a infração, cujo imposto exigido deve ser excluído da autuação.

Infração 2 - Foi aplicada multa pelo autuante no valor de R\$3.702,07, pelo fato do autuado emitir notas fiscais de venda da série D-1, apesar de possuir ECF devidamente autorizado pela SEFAZ.

Para documentar a ação fiscal, o autuante fez a juntada aos autos às fls. 20/33 do demonstrativo de sua autoria, onde relacionou as notas fiscais da série D-1 emitidas pelo autuado no período janeiro/03 a março/04 num total de vendas de R\$74.041,30, sobre o qual foi aplicada a multa de 5%, equivalente a R\$3.702,07.

Ao se defender da imputação, o autuado esclareceu que no período objeto da autuação, o ECF estava bloqueado por problemas técnicos, conforme pode ser comprovado pelo Atestado de Intervenção em anexo, cuja alegação tem fundamento apenas para o período de 13 a 20/02/2004. Como justificativa, esclareço que ao examinar o documento de fls. 116/177 juntado pela defesa, verifiquei que a intervenção no ECF se deu no dia 13/02/04, cujo término ocorreu em 20/02/04. Desse modo, fica comprovado que o equipamento somente permaneceu sem funcionar durante sete dias, enquanto as notas fiscais foram emitidas pelo autuado no período de janeiro/03 a março/04.

Ressalto que o autuante incorreu em equívoco ao incluir no levantamento de sua autoria os valores das Notas Fiscais nºs 5301/5312 emitidas entre os dias 13 e 20/02/04 num total de R\$1.027,14, quando o ECF encontrava-se sem funcionamento, cujo valor deve ser excluído, restando uma base de cálculo de R\$73.014,16.

Quanto ao pleito do autuado, para que a multa imputada, com base no princípio da equidade, seja convertida em 1 UPF/BA., não posso acatá-la, haja vista existir penalidade específica na legislação do ICMS para a irregularidade cometida

Com base na explanação acima, entendo parcialmente caracterizada a infração no valor de R\$3.650,71(5% de 73.014,16), cuja infração está prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o pagamento da multa no valor de R\$3.650,71.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269114.0903/04-9**, lavrado contra **WALMIR MOSQUEIRA MARTINEZ JÚNIOR**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$3.650,71**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA