

A. I. N º - 102148.0210/05-3
AUTUADO - ENILDES SILVA DE OLIVEIRA
AUTUANTE - MARCOS VENICIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP - METRO
INTERNET - 27. 12. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0488-04/05

EMENTA: ICMS. 1. CONTRIBUINTE USUÁRIO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF. MULTA – EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE ECF EM QUE ESTÁ OBRIGADO. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Infração caracterizada. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS 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 parcialmente elidida. Não acolhida a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/08/2005, reclama ICMS e aplica multa no valor total de R\$ 29.126,72, em virtude das seguintes ocorrências:

- Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no valor de R\$ 1.772,55.
- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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, R\$ 27.354,17.

O autuado apresenta defesa tempestiva, folhas 2825 a 2830, argumentando que pelo seu tipo de atividade, suas vendas são pagas, basicamente, só com cartões. Para provar este fato a autuada juntou ao processo diversas cópias de boletos de cartões de crédito e débito, bem como dos cupons fiscais com os mesmos valores, ainda que consignados nos referidos cupons no modo dinheiro. Ressalta que o autuante errou ao não deduzir da base de cálculo os valores das vendas feitas com a emissão de notas fiscais de vendas ao consumidor, também pagas com cartões.

Acrescenta que não foram excluídos os valores relativos às vendas de mercadorias com o ICMS já pago por substituição. Diz que é de se verificar que apesar da atividade da autuada constar na SEFAZ como sendo 5231001 – Comércio varejista de Tecidos, a mesma vende também óculos e calçados, mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Continua a sua defesa, alegando que o autuante o tratou como se fosse normal, aplicando à base de cálculo a alíquota de 17%, concedendo o crédito presumido de 8%, impondo uma carga tributária de 9%, declinando da condição da autuada de optante do SIMBAHIA.

Quanto a infração 01, salienta que no bairro onde está localizada são raros os dias que não faltam energia, havendo época que chega a faltar energia até três vezes por dia, em razão disso, para não realizar as vendas sem a emissão do documento fiscal registra suas operações emitindo nota fiscal de venda a consumidor.

Aduz que não comunicou o fato à INFRAZ BONOCÔ por duas razões: primeiro por se encontrar desobrigada do cumprimento de obrigações acessórias por ser optante do SIMBAHIA e segundo porque não conseguiu obter junto à COELBA declaração escrita sobre quedas e falta de energia diariamente.

Ao final, requer que a autuação seja julgada nula ou improcedente.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fls. 5104 a 5105, em relação a infração 01, esclarece que conforme o RICMS/BA o impugnante tem a obrigação da qual não cumpriu, diante disso, mantém a autuação.

Em relação à infração 02, diz que acata os documentos anexados pelo contribuinte e no caso que se verificou uma associação entre os boletos das administradoras de cartão e cupons fiscais, bem como as notas fiscais e os boletos das administradoras de cartões, foi reconhecido.

Quanto a substituição tributária, informa que o autuado tem como atividade preponderante a venda de mercadorias não sujeitas à substituição tributária.

Por fim, apresenta novos demonstrativos de débito, com valor reclamado de R\$ 23.951,53.

Em novo pronunciamento, o impugnante reafirma os argumentos apresentados na peça defensiva, em relação à infração 01 e diz que não fossem verdadeiros os fatos informados, caberia apenas a multa de R\$ 50,00, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/BA.

Na infração 02, contesta os novos valores apresentados pelo autuante, afirmando que as diferenças não existem, por se tratar de cupons fiscais emitidos com pagamentos feitos em cartão e numerário.

Em relação às mercadorias com o imposto já pago pelo regime de substituição, assevera que o método utilizado pelo auditor é que foi impróprio, contaminando de vícios todo o Auto de Infração.

VOTO

Analizando os elementos que instruem o PAF, constatei na infração 01 que o auditor imputa ao autuado multa por emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de ECF, nas situações em que está obrigado e na infração 02 a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois o mesmo preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, pois o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, conforme demonstrativos constantes dos autos.

Na infração 01 exige-se a multa de 5% do valor das operações pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF nas situações em que está obrigado.

Destaco que a matéria está disciplinada no artigo 238, do RICMS/97, de modo que os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal.

O autuado argumentou que normalmente falta energia elétrica, o que o leva a emitir a nota fiscal em lugar do cupom fiscal, todavia, não trouxe as provas de que, no período fiscalizado, estava impossibilitado de utilizar o ECF, razão pela qual emitiu as notas fiscais referidas, em substituição ao cupom fiscal, ou que também emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais. Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração 1, devendo ser aplicada a penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea "h", da Lei nº 7.014/96.

Na infração 02, o autuado, em suas razões de defesa, contesta os valores apresentados pelo autuante em seu demonstrativo de débito apresentando cópias de boletos de cartões de crédito e débito, cupons fiscais e notas fiscais de venda a consumidor não consideradas, fato que é acatado pelo auditor que retifica os seus demonstrativos e reduz o débito reclamado para R\$ 22.178,98.

Alega também o defensor que diversas mercadorias que comercializa estão enquadradas no regime de substituição tributária, ou seja, com fase de tributação já encerrada. Para embasar o seu argumento, fez a juntada de cópias das notas fiscais de compras das mercadorias.

Quanto a esta alegação, observo que nos registros da SEFAZ, consta como atividade econômica preponderante da empresa, o comércio varejista de tecidos, portanto, sujeita à tributação normal do ICMS. Ademais, de acordo com o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, constatando-se a ocorrência de declaração de vendas realizadas pelo contribuinte, por meio de cartões de crédito ou débito, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, presume-se a existência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Não cabe ao julgador pressupor que partes das saídas de mercadorias omitidas eram não tributáveis, sob pena de sobrepor uma presunção pessoal à presunção estabelecida em lei.

O impugnante questiona a aplicabilidade da alíquota de 17%, sob o fundamento de possuir regime de tributação simplificada - SimBahia. E, por esta razão, considerando os valores das omissões de saídas identificadas na autuação elabora demonstrativo apontando o valor que entendeu ser devido com base nas normas vigentes para o SimBahia.

No entanto, razão não assiste ao autuado, já que a infração em comento foi incluída na legislação referente ao SIMBAHIA como de natureza grave (art. 408-L, do RICMS/97) a partir de 01/11/00, pela alteração nº 20 do RICMS, efetuada através do Decreto nº 7.867/00, e nessas circunstâncias, de acordo com o art. 408-P, do RICMS/97 o contribuinte fica sujeito ao pagamento do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Desta maneira, como a infração apurada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/97, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, estando correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor total de R\$ 23.951,53.

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 102148.0210/05-3, lavrado *ACORDÃO JJF 0488-04/05*

contra **ENILDES SILVA DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.178,98** 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\$ 1.772,55** prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do mesmo artigo e lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA