

PROCESSO - A. I. Nº 294635.0901/04-6
RECORRENTE - DALCI MARIA MEIRA DE ANDRADE (SEMPRE VIVA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 3ª JJF nº 0008-03//06
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/06

EMENTA: ICMS. VENDAS COM PAGAMENTO ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diferença apurada mediante levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Infração caracterizada. Refeitos os cálculos, de acordo com a comprovação parcial apresentada pelo autuado, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Afastada a preliminar de nulidade suscitada de ofício na sessão de julgamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto o relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 02/09/2004, para exigir R\$24.457,62 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro de 2003 a abril de 2004.

O autuado apresentou impugnação esclarecendo, inicialmente, que se trata de uma empresa inscrita no SimBahia, franqueada do Boticário, e por ser uma empresa de pequeno porte comercializa produtos de baixo custo, realizando grande parte de suas vendas à vista, e nessas operações utiliza uma máquina operadora de cartão de crédito, por ser mais rápida que o Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), reconhecendo que devido à peculiaridade do estabelecimento, onde são realizadas diariamente pequenas vendas, podem ocorrer algumas distorções nos registros do ECF, a exemplo de:

- a) venda com cartão e emissão de cupom como se fosse venda em dinheiro. Neste caso, houve registro equivocado como venda em dinheiro, à vista, e não foi utilizada a função específica de venda a cartão; anexa uma amostragem para comprovar essa alegação;
- b) emissão de um cupom referente ao registro de diversas vendas do mesmo dia; esse fato ocorria nos dias de maior movimento, quando alguns clientes não aguardavam para a emissão do cupom fiscal, sendo emitido um único cupom para diversas vendas
- c) emissão de um único cupom para registrar venda, cujo pagamento foi efetuado, parte com cartão e parte em dinheiro. Neste caso, não é possível apresentação de cupom e boleto de cartão coincidindo os valores. Por isso, protesta pela juntada posterior de tais elementos comprobatórios.

O defendente disse ainda que no período de outubro a fevereiro a hora da máquina de cartão diverge em uma hora da registrada no cupom, em virtude do horário de verão, haja vista que somente o ECF não registra o horário de Brasília, onde adota o mencionado horário de verão. Ressaltou que jamais adquiriu mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, considerando que todos os produtos que comercializa são adquiridos junto ao franqueador, e também, jamais deixou de emitir documento fiscal nas vendas efetuadas, e “inexistindo a suposta omissão de saída, no máximo o fisco poderia reclamar o descumprimento de obrigação acessória o que gera a cobrança de penalidade fixa e não a cobrança de imposto”, sendo correto aplicar a multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei 7.014/96. Comentou sobre os ensinamentos de Aurélio Pitanga Seixas Filho a respeito da verdade material, pedindo que este órgão julgador leve em consideração que os meros equívocos cometidos não causaram qualquer lesão ao Fisco Estadual. Destacou, também, como ponto importante a ser analisado, que o total das vendas do período de janeiro de 2003 a abril 2004, é de R\$1.101.505,96, enquanto o valor informado pela operadora de cartão foi de apenas R\$231.854,23, o que justifica o equívoco cometido pelos funcionários ao registrar no ECF as vendas em cartão de crédito como vendas em dinheiro.

O defendente apresentou o entendimento de que a multa aplicada é confiscatória, citando o art. 150 da Constituição Federal, alegando que “*é inaceitável a cobrança de um valor tão alto para um erro formal na emissão do documento fiscal*”. Sobre essa questão, e sobre o enriquecimento ilícito, apresentou o entendimento da doutrina, comentando, ainda, sobre a inaplicabilidade da taxa selic, argumentando que a forma de cobrança dos tributos em atraso com o Fisco Estadual colide com as decisões de Tribunais Superiores. Por fim, requer a produção de todas as provas admitidas em direito, a juntada posterior de documentos, e que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 80 a 83 dos autos, dizendo que em relação às vendas com cartão de crédito e emissão de cupom como venda em dinheiro, entende que essa situação é possível de acontecer, cabendo ao autuado fazer a demonstração e comprovar os valores efetivamente recebidos com cartão de crédito, que foram informados como recebimento em dinheiro no cupom fiscal. Disse que embora o prazo da intimação tenha sido de 48 horas, aguardou até à véspera da lavratura do presente Auto de Infração, e talvez por ter encontrado valores insignificantes nessa situação, o contribuinte optou por utilizar uma amostragem, na tentativa de descaracterizar a autuação. Quanto aos documentos apresentados pelo defendente (fls. 39 a 76), informou que refez o levantamento e indicou as deduções, conforme planilha à fl. 81.

Em relação ao argumento defensivo de que houve emissão de um único cupom fiscal para a venda que foi paga parte em dinheiro e parte com cartão, disse que o ECF está em condições de fazer essa operação, registrando os diversos meios de pagamento, e o autuado não apresentou prova material dessa alegação. Quanto ao argumento de que foi emitido um cupom fiscal para diversas vendas do mesmo dia, diz que se trata de uma alegação em que o autuado praticamente admite a infração apontada, ressaltando que o cliente não tem que aguardar a emissão de cupom fiscal, uma vez que este deve ser emitido no ato da compra.

Com relação ao fato de o autuado ser inscrito no SimBahia, o autuante informou que foi considerado o crédito de 8% sobre as saídas apuradas no levantamento fiscal, em substituição a quaisquer outros créditos, como estabelece a legislação. Por fim, pede a procedência do presente lançamento, com a exclusão dos valores constantes nos documentos às fls. 39 a 76, salientando a necessidade de o autuado tomar conhecimento dos elementos anexados aos autos juntamente com a informação fiscal.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação, fls. 94 a 100, comentando inicialmente sobre as distorções ocorridas nos registros do equipamento, conforme foram citadas na impugnação inicial. Disse que insiste no argumento de que as vendas “já se encontravam incluídas no total do período em vista dos equívocos nas emissões dos cupons fiscais”. Pede que sejam observados os princípios da verdade material e da

moralidade administrativa, e que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração. Anexou aos autos novas fotocópias de cupons fiscais e respectivos comprovantes de cartão de crédito.

Considerando que o autuante, em sua informação fiscal à fl. 80, apresentou demonstrativo indicando os valores a serem deduzidos do presente lançamento, em decorrência dos documentos acostados às fls. 39 a 76, e tendo em vista que o autuado apresentou nova manifestação, juntando outras fotocópias referentes aos comprovantes de cartão de crédito e respectivos cupons emitidos, a 3ª JFJ converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 200) para o autuante fazer as exclusões em relação aos novos documentos apresentados pelo defendente, que comprovam a efetiva existência de cupom fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, e elaborar novo demonstrativo do débito remanescente.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 205 e 206), esclarecendo que após o levantamento dos documentos acostados aos autos pelo defendente (fls. 93 a 195), foram efetuadas as necessárias exclusões, conforme demonstrativo que anexou aos autos (fls. 207 a 212). Quanto aos documentos não computados na revisão efetuada, informou que:

- a) não considerou os documentos de fls. 122 a 130 porque os mesmos já foram incluídos no levantamento inicial, fl. 81;
- b) os documentos de fls. 155 a 195 não foram considerados porque não há relação entre o boleto do cartão e o cupom fiscal emitido, e o autuado não apresentou qualquer documento que comprove suas alegações;
- c) ao contrário do que alegou o autuado, foi considerado o crédito de 8%, conforme previsto na legislação;
- d) reitera a informação fiscal inicialmente apresentada (fls. 80 a 83) e pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, tendo em vista as exclusões efetuadas.

Intimado a tomar conhecimento da nova informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação (fls. 216 a 219), aduzindo que:

- reitera os argumentos apresentados na impugnação inicial, por considerar que os mesmos estão comprovados pelos documentos apresentados na defesa e na manifestação posterior, requerendo a juntada de novos documentos;
- ressaltou que à época, era utilizada a maquineta da própria operadora de cartão de crédito, por ser mais rápida que o ECF, que muitas vezes apresentava problemas de comunicação com as operadoras;
- diariamente são realizadas centenas de pequenas vendas, o que pode gerar algumas distorções, conforme já descrito na defesa; que os erros eram cometidos por despreparo ou desconhecimento dos funcionários, fato que atualmente está sendo regularizado através de treinamentos;
- as vendas que foram objeto do presente lançamento já foram incluídas no total do período, e caso este Conselho insista na cobrança do imposto estará punindo um contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade.

Por fim, o autuado requer a juntada posterior de outros documentos que se fizerem necessários, inclusive prova pericial, para que seja comprovada a improcedência do presente Auto de Infração.

Em 16/02/2005 o autuado apresentou nova petição (fls. 362 e 363) requerendo a juntada de fotocópias de outros cupons fiscais e boletos da administradora de cartões de créditos, referentes a pagamentos efetuados por clientes, parte em dinheiro e parte em cartão de crédito.

O processo foi convertido em nova diligência ao autuante (fl. 359) para que o mesmo apurasse a existência de vendas por meio de cartão de crédito/débito como se fosse em dinheiro e se houve

pagamento, parte em dinheiro e parte com cartão, devendo fazer as exclusões em relação aos comprovantes apresentados, e elaborar o demonstrativo do débito remanescente.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal (fls. 374 a 377), indicando as exclusões por ele efetuadas, de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado, sendo elaboradas novas planilhas apurando o ICMS devido nos exercícios fiscalizados (fls. 378 a 384). Informou que não foram considerados os documentos de fls. 221, 238, 268, 332, 333-A, 352 a 355, 364 a 370, porque esses documentos não guardam relação entre o valor do boleto do cartão e o cupom fiscal. Também não considerou o documento à fl. 304, em virtude da divergência no horário de emissão, considerando que em Salvador não houve horário de verão. Em relação aos documentos de fls. 302 e 322, informou que já tinham sido apresentados anteriormente e já foram incluídos no levantamento fiscal (fl. 81). Quanto aos cupons de fls. 282 e 283, disse que se referem a outro estabelecimento, por isso, não podem ser considerados.

Tendo em vista que na intimação à fl. 385 dos autos, assinada por representante do autuado, não consta que o contribuinte recebeu a fotocópia da informação fiscal, o presente processo foi convertido em nova diligência à Infaz de origem (fl. 388) para ser expedida nova intimação ao autuado com a entrega de cópias da informação fiscal prestada pelo autuante e respectivos demonstrativos (fls. 374 a 384), mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Expedida nova intimação ao autuado (fl. 391), acompanhada de cópia da informação fiscal e respectivas planilhas, não foi apresentada qualquer manifestação pelo contribuinte.

Considerando que nos autos constam somente às informações mensais fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, as quais não permitiram ao autuado a visualização completa das operações realizadas por meio de pagamento com cartão de crédito ou de débito, a ^a JJF deliberou converter o processo em nova diligência à Infaz de origem para o autuante anexar os Relatórios de Informações TEF - Diários, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado, e a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Informações TEF – Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Foi anexado aos autos o Relatório Diário por Operação (fls. 405 a 524), e o autuado foi intimado e recebeu o mencionado relatório, conforme Termo de Intimação à fl. 525.

Nova manifestação foi apresentada pelo contribuinte (fls. 527 a 540), reiterando as alegações da impugnação inicial, referente à ocorrência de:

- a) venda com cartão de crédito e emissão de cupom fiscal como venda em dinheiro, protestando pela juntada posterior de documentos;
- b) emissão de um único cupom fiscal registrando venda a dinheiro quando parte da compra foi paga com cartão e parte em dinheiro;
- c) erro na emissão do cupom fiscal gerando troco ao cliente;
- d) emissão de um cupom fiscal com registro de diversas vendas do mesmo dia.

O defendente salienta, também, que jamais adquiriu produtos desacompanhados de documento fiscal, tendo em vista que todos são adquiridos junto ao franqueador em Curitiba, e nunca deixou de emitir documento fiscal, sempre escriturando todos os seus livros fiscais. Diz que após análise dos relatórios e da diligência realizada pelo autuante, constatou que foram aproveitados pelo fiscal somente as vendas com cartão de crédito com emissão do cupom como venda em dinheiro, e que essa redução não foi efetuada corretamente, exceto o mês de janeiro de 2003, tendo sido indicados os equívocos constatados, a partir do mês 02/2003. Assim, entende o defendente que não está correta a redução do débito para R\$13.288,70, conforme apontado pelo autuante, e pede

que o presente processo seja convertido em diligência à ASTEC para que se tenha total segurança quanto às reduções efetivadas pelo autuante. Requer que sejam analisados todos os documentos anteriormente juntados aos autos, ressaltando que apenas 20% das vendas realizadas no período fiscalizado foram efetivadas com pagamento por meio de cartão de crédito. Pede a improcedência do Auto de Infração em lide.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 554, argumentando que o autuado, após o recebimento dos relatórios TEF diários, não apresentou nenhuma alegação nova ou prova que alterasse o presente lançamento. Diz que reconheceu os equívocos cometidos na data da emissão da planilha às fls. 102 e 104, o que não significa que aceita todas as alegações defensivas, e que os valores constantes nos demonstrativos às fls. 205 a 208 sejam deduzidos diretamente do imposto devido. Informa que retifica os valores referentes aos meses de fevereiro e março de 2003, tendo elaborado novo demonstrativo de débito que anexou ao presente processo (fls.555 a 558).

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante (fls. 554 a 558), estando comprovado o recebimento da intimação por meio do “AR” à fl. 560. Entretanto, não foi apresentada qualquer manifestação.

O julgador de Primeira Instância emite o seguinte voto:

“Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia e diligência pela ASTEC, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

O Auto de Infração refere-se à omissão de saída de mercadoria tributável apurada mediante confronto entre as vendas realizadas pelo autuado com cartão de crédito, constante da redução “Z” e os totais relativos aos cartões de crédito informados pelas administradoras.

Na impugnação apresentada, o autuado alegou que no levantamento fiscal não foi levado em consideração que:

- a) foi efetuada venda com cartão de crédito, sendo emitido o cupom fiscal como se fosse venda em dinheiro, e para comprovar essa alegação, o defendente juntou aos autos fotocópias dos comprovantes dos cartões e respectivos cupons fiscais;*
- b) emissão de um único cupom para registrar venda, cujo pagamento foi efetuado, parte com cartão e parte em dinheiro. Reconhece que não é possível apresentação de cupom e boleto de cartão coincidindo os valores;*
- c) emissão de um cupom fiscal referente ao registro de diversas vendas do mesmo dia, o que ocorreu nos dias de maior movimento.*

O autuado apresentou comprovação somente quanto à primeira alegação, conforme fotocópias acostadas aos autos (fls. 39 a 76, 102 a 195, 220 a 355 e 364 a 370), e o autuante refez os cálculos em relação aos mencionados comprovantes, de acordo com os demonstrativos às fls. 81 a 84, 205 a 209, 374 a 381, 401, 403 e 555 a 557.

Em relação às alegações apresentadas pelo defendente em sua manifestação, após o refazimento dos cálculos, os valores indicados na impugnação foram computados nos demonstrativos às fls. 401 e 403, existindo somente equívoco quanto ao posicionamento dos valores referentes aos meses de fevereiro e março de 2003, sem alterar o total apurado no exercício.

Observe que foram realizados diversas diligências, e o autuante acatou parcialmente as provas acostadas ao presente processo pelo defendente, salientando que os valores das vendas constantes nos cupons apresentados não podem ser deduzidos diretamente do imposto apurado. Refez os cálculos para excluir os valores que, comprovadamente, foi emitido o cupom fiscal correspondente ao boleto do cartão de crédito registrado como pagamento em

dinheiro, tendo elaborado novos demonstrativos, apurando o ICMS devido nos exercícios fiscalizados (fls. 555 a 557), tendo informado os documentos que não foram considerados e os motivos.

Vale ressaltar, que em decorrência das novas planilhas anexadas ao presente processo pelo autuante, o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento e se manifestar, querendo, e a intimação ao autuado (fl. 559), foi acompanhada de cópia da informação fiscal e respectivas planilhas, entretanto, não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente.

Em relação às alegações de que houve emissão de um único cupom para registrar venda, cujo pagamento foi efetuado, parte com cartão e parte em dinheiro e emissão de um cupom fiscal referente ao registro de diversas vendas do mesmo dia, se não foram comprovadas através de boletos que correspondam aos cupons fiscais emitidos os respectivos valores não podem ser deduzidos do débito apurado. Aliás, o próprio defendente reconhece que não é possível apresentação de cupom e boleto de cartão coincidindo os valores, referente a esses fatos alegados nas razões de defesa.

Verifico que no exercício fiscalizado, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de Empresa de Pequeno Porte, e tendo em vista a regra estabelecida no art. 408-S do RICMS/97, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98. Portanto, entendo que os cálculos efetuados pelo autuante estão de acordo com a legislação em vigor.

Quanto à multa aplicada, também questionada pelo defendente, verifico que está correto o percentual indicado no Auto de Infração (70%), haja vista que o referido percentual encontra amparo na legislação em vigor, consoante o previsto no art. 42, inciso III, Lei 7.014/97, por se tratar de infração apurada mediante levantamento fiscal.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativos às fls. 555 e 557 e quadro abaixo:

EXERCÍCIO	ICMS DEVIDO
2003	19.710,77
2004	3.374,80
T O T A L	23.085,56

Em seu Recurso Voluntário o recorrente alega: (I) que é uma empresa de pequeno porte, franqueada, inscrita no SimBahia; (II) que comercializa produtos de baixo custo; (III) que uma grande parte das vendas é feita à vista, ficando um percentual menor para vendas em cartão; (IV) que diariamente são realizadas centenas de pequenas vendas, podendo gerar distorções nos registros do equipamento emissor de cupom fiscal; que a JJF decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, acatando apenas parte das suas alegações; (V) que tal Decisão não deve prosperar, vez que em nenhum momento o recorrente deu saída a mercadoria sem emissão de nota fiscal resultando na falta de recolhimento do imposto, até mesmo porque em se tratando de empresa inscrita no SimBahia o pagamento era feito com base em percentual do seu faturamento, não ocasionando prejuízo ao Estado; (VI) que inexistido a suposta omissão de saída, o fisco poderia reclamar o descumprimento de obrigação acessória o que geraria uma penalidade fixa no valor de R\$50,00, com fundamento no art. 42, XXII da Lei nº 7.014; que em nenhum momento agiu de má fé ou em desacordo com a legislação em vigor e nunca deixou de registrar suas vendas.

Requer a reforma da Decisão para que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender, inicialmente, que as alegações de mérito do recorrente foram submetidas a diligência e não foram confirmadas, não devendo, portanto, ser acatadas. Quanto à alegação de que se trata de empresa inscrita no SimBahia e que por isso recolheu corretamente o ICMS, entende a procuradora que é de muita importância auditoria realizada na empresa, pois a omissão das vendas importa justamente numa diminuição do faturamento, o que poderia ter importado num enquadramento equivocado do contribuinte. Quanto à não ocorrência do fato gerador, diz a procuradora que discorda também do recorrente, posto que o fato gerador presumido ocorreu com base no disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96; por isso, o que deve ser exigido de fato é o imposto não recolhido e não a multa por infração à obrigação acessória.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, suscito de ofício uma preliminar de nulidade para excluir da condenação o período de janeiro/2003 a janeiro/2004, pois o § 7º foi acrescentado ao art. 238 do RICMS/97 pela alteração 51 em 20/01/04, e somente a partir dessa data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Quanto ao mérito, mediante diligências solicitadas pela JJF, foram retificadas pelo fiscal autuante as correções indicadas pela autuada em sua defesa, e o recorrente em seu Recurso Voluntário admite a ocorrência de irregularidades na operação do equipamento de cartão de crédito, alegando, porém, tratar-se de erros que não implicaram em descumprimento de obrigação principal, já que a empresa, inscrita no SimBahia, recolhe o tributo sobre o valor do faturamento, não acarretando prejuízo ao fisco estadual, devendo, em decorrência, incidir a multa por descumprimento de obrigação acessória. Prevalece, no caso, o parecer da Douta PGE/PROFIS, que em seu Parecer opina corretamente pelo enquadramento da infração no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, excluindo da condenação o período compreendido entre janeiro/2003 e janeiro/2004.

VOTO VENCEDOR

Não obstante a excelente qualidade do voto proferido pelo ilustre relator, divirjo em parte de seu entendimento, pois considero que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator, segundo o qual no período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 ainda não estava em vigor a obrigatoriedade do contribuinte indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS-BA/97 em 21/01/04.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a partir de 21/01/04, porém, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicar, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05 não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

Os demonstrativos das operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito já foram entregues ao recorrente mediante diligência, tendo sido reaberto o prazo de defesa. Dessa forma, fica claro que foi garantido ao recorrente o exercício do seu direito de defesa, não havendo no processo qualquer vício que o inquine de nulidade.

Ao adentrar no mérito, saliento que a minha discordância restringe-se apenas ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004.

Da análise das peças processuais, constato que a autuação está baseada em demonstrativos que atestam a ocorrência de divergências entre a documentação fiscal emitida pelo recorrente e as operações de saídas de mercadorias pagas mediante cartão de crédito e/ou débito. Nessa situação, o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96 autoriza que se presuma a ocorrência de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, o que não foi feito.

O fato de ser o recorrente uma empresa inscrita no SimBahia não possui o condão de elidir a infração que lhe foi imputada, pois a omissão de saída apurada acarreta efetivo prejuízo para o Estado, uma vez que o faturamento da empresa influencia na determinação do valor a ser recolhido mensalmente. Ressalto que os créditos fiscais a que o recorrente fazia jus na condição de empresa optante pelo Regime do SimBahia foram considerados pelo autuante. Dessa forma, não pode ser acolhida a solicitação recursal para que, em vez de se cobrar imposto, lhe seja aplicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Os argumentos defensivos que foram reprisados no Recurso Voluntário já foram enfrentados na Decisão recorrida, com a devida fundamentação e, no Recurso Voluntário, não foi trazido ao processo qualquer elemento novo capaz de modificar a Decisão recorrida.

Quanto à exigência fiscal referente aos fatos geradores ocorridos após o mês de janeiro de 2004, acompanho o entendimento do ilustre relator.

Em face do comentado acima, comungo com o entendimento externado pela Douta PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **294635.0901/04-6**, lavrado contra **DALCI MARIA MEIRA DE ANDRADE (SEMPRE VIVA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.085,56**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Bento Luiz Freire Villa Nova.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VEIRIA - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS