

A. I. N° - 120208.0909/06-4
AUTUADO - F C S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - IVAN DIAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25.09.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0267-04/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Reduzido o valor do débito ante a apresentação pelo contribuinte de alguns cupons fiscais, nos quais, embora constassem a indicação de venda em dinheiro, apresentou o correspondente boleto comprovando ter sido operação realizada por meio de cartão de crédito. Infração parcialmente caracterizada.

2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE EMISSOR CUPOM FISCAL. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE ECF QUE ESTÁ OBRIGADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O contribuinte não comprovou que a emissão de notas fiscais foi necessária em face do equipamento se encontrar sob intervenção técnica ou sinistrado. Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acatada. Indeferido o pedido para realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2006, reclama o valor de R\$ R\$ 20.534,68, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saída de mercadoria 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 administradora de cartão de crédito. Sendo cobrado o imposto no valor R\$ R\$ 20.154,40, acrescido de multa de 70%;
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Sendo aplicada a multa de 5% sobre o valor das operações resultando no valor de R\$ 380,28.

O autuado ingressa, tempestivamente com defesa, fls. 22 a 58, depois de transcrever as infrações aduz o seguinte:

Afirma que seu estabelecimento comercial está localizado em um bairro da periferia da cidade do Salvador e é estabelecido com o ramo de comércio varejista de produtos alimentícios.

Ressalta que em decorrência do previsto na legislação fiscal, a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação nas saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS-BA/97 como isentos. A empresa também negocia com grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação quando da sua saída em virtude de ter sua fase de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária.

Afirma que também negocia com mercadorias, que fazem parte da cesta básica e que, portanto a alíquota aplicada, nas operações de saídas é de apenas 7% como milho, macarrão, sal de cozinha e fubá de milho. Acrescenta ainda que também negocia com produtos que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas como óleo de soja (base de cálculo reduzida em 29,41%), açúcar e charque (base de cálculo reduzida em 58,82%).

Afirma que a pretensão do autuante é nula, não tem procedência, nem a mínima condição de prosperar, apresentando as seguintes ponderações:

- 1) diz que possui Emissor de Cupom Fiscal devidamente registrado na Secretaria da Fazenda, cumprindo todas as formalidades legais previstas na Legislação Tributária o equipamento ECF utilizado não teve o meio de pagamento implantado e não discrimina na fita detalhe quando as operações são efetuadas através de Cartão de Crédito e/ou Débito, processando todas as vendas como se fossem recebimentos em “DINHEIRO”;
- 2) observa que quando o cliente efetua suas compras, as mesmas são digitadas pelo operador do ECF-MR, é emitido o cupom fiscal, daí o cliente quando declara que vai efetuar o pagamento através de cartão, apresenta o Cartão de Débito e/ou de Crédito que é passado na maquina manual ou POS-Terminal Eletrônico, que não estão acoplados ao ECF-MR e é emitido o comprovante de débito para o cliente;
- 3) ressalta que, conforme pode ser visto no demonstrativo anexado à defesa, os valores, referente às vendas através do ECF-MR são diferentes dos informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito porque estão incluídos nas vendas gerais;
- 4) informa que está anexando à defesa, por amostragem, alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinets ou POS-Terminais Eletrônicos das Administradoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras aonde se comprova que na mesma data, há a emissão de cupom fiscal no mesmo valor da operação;
- 5) esclarece que é estabelecida no ramo de comércio varejista de gêneros alimentícios, emitindo grande quantidade de cupons fiscais, estando todas as bobinas de ECF-MR, cerca de 300 aproximadamente, à disposição do fisco, para que seja efetuada a fiscalização real para apuração de verdade material e não a simples acusação por presunção da ocorrência;
- 6) relata que o autuante, em nenhum momento verificou os comprovantes de Débito e /ou Crédito, emitidos pelas maquinets ou POS-Terminal Eletrônico, cerca de 1.200 documentos mensais aproximadamente e de 7.000 documentos no período fiscalizado, nem as bobinas de maquinas registradoras ECF-MR;
- 7) assevera que autuante partiu da premissa que toda a informação prestada pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito referente aos valores de vendas efetuados através de Cartão de Débito e/ou Crédito foram efetuadas sem emissão de cupom fiscal, o que é uma inverdade e uma maneira simplista de acusar que ocorrera saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos;

8) revela que a fiscalização também não atentou que está acusação é primária, pois comercializa com mercadorias que são isentas ou que o pagamento do ICMS já foi pago pelo regime de substituição tributária e de antecipação tributária;

9) Não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade do contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de Débito e/ou Crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras, para apresentar a Secretaria da Fazenda, por não se tratar de documento fiscal e que também inexistente na legislação do ICMS, a obrigatoriedade da empresa que utiliza ECF-MR de demonstrar quanto vendeu em Cartão de Débito e/ou Crédito à Secretaria da Fazenda. No entanto, através de amostragem, diz poder provar que a acusação fiscal é inverídica. Acrescenta que todas as bobinas dos ECF-MR e comprovantes de Débitos e/ ou Créditos estão à disposição do Fisco para que seja efetuada diligência fiscal, o que afirma requerer, para comprovar a veracidade dos fatos;

10) informa que as vendas efetuadas pela autuada pagas através de cartão de Crédito/Débito constantes nas reduções “Z” foram sempre zero;

11) assegura que no presente caso, todas as operações no período fiscalizado foram registradas como se fosse a “DINHEIRO”, tendo em vista que seu Equipamento Emissor de Cupom Fiscal—ECF não foi implantado o meio de pagamento, por isso que as reduções “Z” não registraram qualquer valor referente a vendas a cartão, e que a mera divergência entre o total constante da redução “Z” (que estão zeradas) e as informações prestadas pelas Instituições Financeiras não é motivo suficiente para se proceder à autuação, cabendo a Secretaria da Fazenda utilizar outras técnicas de auditoria para verificar se existem irregularidades;

12) por tudo que diz ter demonstrado, afirma que o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário;

13) declara que existe no presente processo a falta de certeza e liquidez do lançamento, pois, o valor da vendas totais do estabelecimento é diferente do fornecido pelas Administradoras de Cartão, como embasamento de seu argumento cita as resoluções JJF nº 0202-04/05 e a CJF nº 0333-11/05.

Cita inúmeras decisões do CONSEF para sustentar suas pretensão das quais transcreve trechos das ementas, fls. 31 a 83.

Aduz ainda que caso não seja acatada a nulidade que seja aplicada a proporcionalidade com base nos percentuais de suas operações em relação as distintas situações tributárias. Para tanto apresenta planilhas de apuração do imposto devido com base nos percentuais para cada uma das alíquotas aplicadas nas mercadorias em suas operações de saídas de acordo com o tratamento tributário de cada uma delas.

Para suportar sua pretensão colaciona aos autos trechos de ementas de julgados em que foi aplicado o critério da proporcionalidade, fls. 38 a 39.

Quanto à infração 02 afirma que não houve sonegação de imposto, nem falta de emissão de documento fiscal idôneo.

Diz que todas as notas fiscais emitidas foram autorizadas pela Secretaria da Fazenda, registradas na escrita e foram recolhidos todos os impostos nos prazos legais aos cofres do Erário Público, não havendo, portanto prejuízo ao Fisco Estadual. Acrescenta que as notas fiscais da série D-1 emitidas no período de 01 de janeiro de 2006 a 30 de junho de 2006 decorreram do motivo de constante falta de energia na área em que está estabelecida fisicamente a empresa ou por defeito técnico do Equipamento.

Ressalta que de acordo com decisões recentes do Conselho de Fazenda Estadual em casos análogos ao desta infração, o mesmo vem reduzindo e até dispensando o valor da multa aplicada conforme acórdãos a seguir.

Insurge-se o autuado em relação à aplicação da multa aplicada aduzindo que o princípio da não confiscatoriedade, assegura ao contribuinte a garantia de que o tributo não será de tal forma onerosa, a ponto de gerar efeitos de confisco sobre o seu patrimônio.

Ressalta que o princípio do não-confisco que decorre do disposto no inciso IV do artigo 150 da CF/88, o qual transcreve à fl. 5.

Reafirma que a imposição da penalidade à razão de 5% sobre o valor dos documentos emitidos é absolutamente imprópria, pois configura confisco, o que é expressamente refutado pela Constituição Federal de 1988, além, da completa ausência de disposição constitucional que autorize essa imposição.

Observa que no caso a penalidade aplicada, apesar de prevista na lei, é absurda, galgando estratosférico valor, sem nenhuma relação com a capacidade econômica da empresa.

Afirma que a multa reclamada alcança não apenas toda a renda do sujeito passivo pela atividade exercida, mas, também avança em parte de seu patrimônio. Por isso, o autuado invoca o apelo da equidade, para que a multa seja cancelada.

Conclui dizendo que restou comprovado que, quanto a Infração 01 o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos, ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam discriminadamente (dia a dia, operação por operação e valor por valor), qual foi a venda efetuada através da emissão de Cartão de Débito e/ou Crédito que foi realizada sem emissão de cupom fiscal ECF-MR e que houve o uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo de não ter no ECF o meio de pagamento implantado e da atividade da autuada que negocia com mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição, por isso requer que esta JJF julgue nula a Infração.

Prossegue aduzindo que caso não seja aceito o pedido de nulidade total da infração 01, que depois de deduzido sobre a base de cálculo apurada pelo autuante, o valor total constante das reduções “Z” por motivo do equipamento emissor de Cupom Fiscal não discriminar o meio de pagamento, seja aplicado o princípio da proporcionalidade, conforme demonstrativo por ele apresentado, fl. 46, e consoante decisão deste Conselho conforme Acórdão CJF nº 0291-12/06.

Quanto à infração 02, requer, levando em consideração o fato de a autuada ter praticado a infração sem dolo, fraude ou simulação e atendendo aos princípios de Igualdade, Eventualidade, Equidade e Razoabilidade, não tendo havido prejuízo ao erário, e nem implicado em falta do recolhimento do ICMS, que seja reduzida a multa aplicada para apenas R\$ 50,00, com fundamento no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e art. 158 do RPAF-BA/98 e consoante decisões anteriores deste Conselho.

Em sua informação fiscal o autuante, fl. 356, afirma que o Auto de Infração apura a omissão de saída de mercadorias tributadas, através do confronto entre os valores apurados pelas vendas através de cartão de crédito e aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Ressalta que em sua defesa, o autuado informa que não recebeu as informações detalhadas sobre as vendas informadas pelas administradoras de cartão, e que, por isso, enviou ao contribuinte o Relatório TEF Diário por operadora.

Às fls. 554 a 555, consta a intimação do autuado pelo Órgão preparador fornecendo a cópia do Relatório TEF Diário por operadora, além de reabrir o prazo defesa.

O autuado depois de receber as cópias do Relatório TEF Diário por operadora, fornecido pelo autuante, após intimação e concedido o prazo de dez dias para manifestação, reitera toda a sua

argumentação já apresentada por ocasião da defesa, acrescentando, tão-somente, o pedido de perícia fiscal, conforme quesitação à fl. 576.

Conclui mantendo seus pedidos de nulidade e de improcedência para infração 01 e a redução da multa para a infração 02 para R\$ 50,00 na forma prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em sua informação, fl. 566, afirma o autuante que o contribuinte está de posse das informações diárias e detalhadas das compras com Cartão, e comprovando que teve plenas condições de utilizar a tecla cartão de crédito, existem todas as condições para que seja apurado corretamente o montante utilizado como compras por meio de cartão. Ressalta a sua concordância para que seja concedido ao contribuinte o direito da utilização do período de 30 dias para a nova defesa.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração

Em pauta suplementar, esta Junta de Julgamento Fiscal, ao verificar que o autuante ao fornecer as cópias do Relatório TEF - diário por operadora ao autuado não reabriu o prazo de defesa, baixou os autos em diligência para que fosse atendida essa exigência legal, fls. 569 a 570.

Cumprida a diligência o autuado manifestou-se, fls. 572 a 578, reiterando todos os seus argumentos já expendidos em suas manifestações anteriores.

O autuante em sua informação, fl. 583, após a manifestação do autuado ao tomar ciência da diligência à INFAZ de Origem para reabertura do prazo de defesa, diz que o autuado alega que em seu cupom fiscal não consta o meio de pagamento “cartão de crédito”, o que não condiz com o demonstrado, fls. 48 e 111, onde consta o cartão entre outros meios de pagamento, e que em relação às vendas detalhadas diárias de cartão, o contribuinte não se pronuncia. Conclui o autuante opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

De plano deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa por entender descabidas as alegações engendradas, ante as evidências constantes dos autos que derrogam os argumentos aduzidos.

Especificamente em relação à alegação de inadequação do roteiro de auditoria aplicado tendo em vista que seu equipamento Emissor de Cupom Fiscal não teve implantado a segregação das operações por meio de pagamento, não condiz com a realidade tendo em vista, constar às fls. 108 e 117 - anexo 4 da defesa, respectivamente nos dias 25/04/06 e 27/05/06, os valores R\$ 10,26 e R\$ 97,04 a identificação de cartão de crédito como meio de pagamento. Ademais ao pesquisar Sistema - INC da SEFAZ constatei que o equipamento utilizado pelo autuado registrado no setor competente da Gerência de Automação é da DARUMA - FS 345, cujo *software* básico instalado é da versão 1.20, e que conforme consta do Parecer nº 39/2002 do COTEP, possui instalado o recurso para segregar as operações por meio de pagamento, dentre as quais se inclui os pagamentos realizados por cartão de crédito.

Quanto ao fato do autuado comercializar com mercadorias isentas, incluídas na cesta básica e com redução de base de cálculo, entendo que não é impeditivo para a utilização do roteiro de auditoria aplicado pela fiscalização, haja vista que as mercadorias com tributação normal e com alíquota de 25%, são também largamente comercializadas pelo autuante. Ultrapassando o percentual de 60%, como se verifica no seu levantamento apensado à defesa, fls. 61 e 63. O meu entendimento é de que somente nos casos em que o estabelecimento comercialize exclusivamente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com absoluta preponderância dessas mercadorias é que se pode considerar inadequado o roteiro que utiliza a comparação entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e os registros acumulados na redução “Z” do ECF. Portanto, não há que se falar em nulidade por inadequação de roteiro e, muito menos, por cerceamento de defesa, eis que, todos os elementos

que embasaram a apuração dos valores exigidos foram devidamente entregues ao autuado, tanto em meio magnético, fl. 18, como em papel, fls. 357 a 552. Constatamos também que as infrações foram corretas e claramente circunstanciadas no Auto de Infração, bem como estão corretos o enquadramento legal e a tipificação das multas.

Deixo de acatar o pedido de perícia fiscal requerido tendo em vista que não há necessidade alguma da intervenção de fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, ante a inexistência, no presente caso, de ponto obscuro algum para ser aclarado. Ademais, já se encontram no processo todos os elementos necessários à formação de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” do inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99. A seguir apresento as respostas aos quesitos formulados pelo autuado para que não paire dúvida alguma de que todo o seu questionamento já consta dos autos.

- 1) O equipamento fiscal ECF utilizado pela autuada no período fiscalizado teve implantado o meio de pagamento? Resp.: Sim, o equipamento DARUMA FS 345 encontra-se com o software versão 1.2 que conforme Parecer nº 30/2002 do COTEP, possui o referido meio de pagamento. Tanto é verdade que se verifica nas reduções “Z” dos dias 25/04/06 e 27/05/06, fls. 108 e 117 - anexo 4;
- 2) O equipamento fiscal ECF utilizado pela autuada no período fiscalizado teve todas as operações registradas como se fossem “à dinheiro”? Resp.: Não, nos dias 25/04/06 e 27/05/06, fls. 108 e 117, foram registrados os valores R\$ 10,26 e R\$ 97,04 de vendas por meio de cartão de crédito;
- 3) Existiram operações registradas como se fossem “à dinheiro” nas bobinas do ECF cujos valores confrontados na mesma data com o Relatório das Administradoras são iguais? Resp.: Sim, conforme cópias apresentadas pelo autuado, fls. 133 a 196, onde constam cópias dos cupons fiscais com os respectivos boletos da administradora de cartão de crédito;
- 4) O equipamento fiscal durante todo o tempo fiscalizado discriminava nas reduções “Z” as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito? Resp.: Na grande maioria das operações não;
- 5) Existe possibilidade do funcionário da autuada quando da operação de compra por parte do cliente acionar a tecla “dinheiro” e o cliente pagar em cartão? Resp.: Sim;
- 6) Se, acontecendo a resposta SIM à pergunta anterior, as informações prestadas pelas Administradoras ficam divergentes das operações constantes das reduções “Z” apresentadas pela autuada? Resp.: Sim
- 7) Existem no processo fiscal cupons fiscais emitidos por ECF, constando como meio de pagamento a expressão “dinheiro” e que estão acompanhadas de comprovantes de pagamento em cartão de crédito e/ou débito? Resp.: Sim;
- 8) As vendas efetuadas pela autuada pagas mediante cartão de crédito e/ou débito constantes nas reduções “Z” no período fiscalizado foram sempre zero? Resp.: Não;
- 9) As reduções “Z” auditadas pelo autuante registravam algum valor referente a vendas por cartão? Resp.: Não
- 10) Ante a peculiaridade do equipamento não discriminar nas reduções “Z” as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito é possível aplicar o roteiro de auditoria fiscal empregado pelo autuante? Ou seja, confrontar valores informados pelas Administradoras de cartão de crédito/débito com valores de vendas em cartão constantes das reduções “Z”? Resp.: Sim, é possível aplicar o roteiro de auditoria porque restou comprovado que o equipamento do autuado está habilitado para separar as operações por meio de pagamento.

Ultrapassadas as questões preliminares, no mérito o presente Auto de Infração exige ICMS em razão de omissão de saída de mercadoria 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 administradora de cartão de crédito, infração 01, e aplica multa de 5% sobre o valor constante nas notas fiscais emitidas em decorrência da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal – ECF, nas situações em que está obrigado – infração 02.

Em relação à infração 01, a defesa se insurge concentrando suas argumentações em dois pontos principais. O primeiro é de que é inadequado o roteiro empregado pela fiscalização para apurar o débito exigido, ou seja, o confronto entre as informações relativas às vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras de cartão de crédito e pelas financeiras e as vendas realizadas pelo mesmo meio de pagamento totalizadas nas reduções “Z”, tendo em vista que parte das mercadorias que comercializa é isenta, incluída na cesta básica e com redução de base de cálculo. Segundo, aduz que seu ECF não está habilitado para separar as operações realizadas por meio de pagamento, e que, por isso, todas suas operações foram registradas como se fossem em dinheiro.

Suplementarmente, requer o autuado que seja aplicada a proporcionalidade em relação às suas saídas na apuração do débito exigido, tendo em vista as distintas situações tributárias das mercadorias que comercializa, apresentou inclusive planilhas explicitando esses percentuais, fls. 60 a 67, colacionando, também aos autos a transcrição da ementa do Acórdão CJF Nº 0291-12/06, em que fora adotado o princípio da proporcionalidade.

Da análise das peças que compõem os autos verifico não resta dúvida alguma quanto à habilitação do ECF do contribuinte em separar as suas operações de saídas por meio de pagamento como já fora informado por ocasião da análise das preliminares. Isto posto, não há que se falar na sua impossibilidade material de atender a exigência legal que determina aos usuários de ECF em separar suas operações de saídas por meios de pagamento.

Verifico que mesmo apresentando o relatório com todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito – TEF diário por operações e reaberto o prazo de defesa o autuado não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta com fundamento no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, eis que, somente apresentou a comprovação de algumas das operações, cujos cupons fiscais constam o meio de pagamento em dinheiro e o respectivo boleto comprova que o pagamento fora realizado por cartão de crédito, fls. 133 a 196, e não foram considerados no levantamento fiscal. Por entender que as operações devidamente comprovadas pelo autuado e que não constam da “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito”, elaborada pelo autuante devem ser excluídas da autuação, procedi às exclusões de todas as operações devidamente comprovadas nos autos.

No que diz respeito às operações de saídas realizadas pelo autuado no período fiscalizado e que já haviam sofrido tributação pelo regime de antecipação tributária e/ou substituição tributária, são isentas, constam da cesta básica ou têm redução de base de cálculo, entendo que no presente Auto de Infração, há que se aplicar a proporcionalidade, para considerar nas omissões apuradas pela fiscalização apenas o percentual de saídas de mercadorias tributadas, posto que o autuado opera em atividade comercial de alimentos em que grande parte das saídas de mercadorias é com tributação nas formas supra enunciadas.

A exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 0291-12/06 e 0154-12/07, as Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em especial a 2ª CJF, vem adotando este novo entendimento em seus julgados, havendo tendência de formação de jurisprudência administrativa para interpretar as disposições atinentes às omissões apuradas através do uso das presunções previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, em harmonia com as regras atinentes ao regime de substituição tributária, bem como, considerando as demais operações em que nas saídas já tenha encerrado a fase de tributação.

Por isso, no caso vertente, as alegações recursais quanto à composição da base de cálculo do imposto apurado nas presunções de omissões de saídas, se encontram em conformidade com o atual entendimento do CONSEF.

O débito autuado deve ser reduzido, para considerar apenas o percentual de saídas de mercadorias tributadas, conforme percentuais apresentados nas planilhas às fls. 60 a 65, excluindo-se, por via de consequência, do montante autuado, a proporção correspondente às operações com mercadorias isentas, não-tributadas e com imposto pago pelo regime de substituição tributária.

Em razão do exposto, adotando-se o princípio da proporcionalidade, a exigência fiscal deve ser ajustada, entretanto, não acato o demonstrativo apurado pelo autuado, fl. 67, tendo em vista que foram considerados os valores apurados no ECF, na coluna “Apuradas no ECF”, sem a comprovação pela defesa de que se tratam de cupons que, embora tivessem sido registrados no ECF, por equívoco como sendo operação em “dinheiro” e que corresponderiam a operações por meio de cartão de crédito/débito, consoante alegação defensiva. Acolho, portanto, a proporcionalidade das operações com mercadorias tributáveis na apuração da base de cálculo da presunção, mantendo a “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito”, elaborada pelo autuante, fl. 8, considerando a inclusão na coluna “Apuradas na Redução “Z” dos valores constantes nos cupons fiscais efetivamente comprovados pelo autuado de que correspondem a operações com cartão de crédito/débito, fls. 133 a 196. Entendo que, efetivamente, somente esses valores comprovaram o equívoco do autuado ao registrar no ECF vendas em cartão como se em dinheiro fossem, eis que é a única maneira de atestar a improcedência da presunção legal.

Apresento a seguir o novo demonstrativo de débito da infração 01, onde se encontra consignado a exclusão dos valores comprovados pelo autuado através da correspondência entre os cupons fiscais e os respectivos boletos das administradoras de cartão de crédito e que não foram considerados no levantamento fiscal, fls. 133 a 196, que totalizaram o valor de R\$ 2.452,40, bem como, para a determinação da base de cálculo a aplicação proporção relativa às operações com mercadorias tributáveis no período fiscalizado, com base nas planilhas apresentadas pelo autuado, fls. 60 a 65, que reduziu o lançamento inicial que era de R\$ 20.154,40, para R\$ 11.272,86.

**TOTAIS DOS CUPONS NÃO CONSIDERADOS COM OS
RESPECTIVOS BOLETOS - fls. 133 a 196.**

PERÍODO	V. COMP.	PERÍODO	V. COMP.
		TRANSP.	1.449,05
JANEIRO	758,75	ABRIL	313,90
FEVEREIRO	242,95	MAIO	298,18
MARÇO	447,35	JUNHO	391,27
SUBTOT.	1.449,05		
TOTAL COMPROVADO		2.452,40	

**DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - EXCLUINDO-SE OS CUPONS COMPROVADOS PELA DEFESA, fls. 133 a 196, E APLICANDO-SE A
PROPORCIONALIDADE DAS MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS**

MÊS	VENDAS INF. PELAS OPERADORAS	CUPONS COMPROV. Fls. 133 a 196	NOTAS FISCAIS APURADAS	TOTAL NF + CUPONS	DIFERENÇA BASE DE CÁLC.	PERCENT. PROPOR- CIONALIDADE MERC. TRIB.	BASE DE CÁLCULO PROPORC.	ALIQ.	ICMS	CRÉDITO DE 8 %	ICMS DEVIDO
JAN	35.055,65	758,75	1.884,00	2.642,75	32.412,90	59,01%	19.126,85	17,0%	3.251,56	1.530,15	1.721,42
FEV	36.277,63	242,95	1.722,02	1.964,97	34.312,66	61,67%	21.160,62	17,0%	3.597,30	1.692,85	1.904,46
MAR	40.126,80	447,35	1.360,77	1.808,12	38.318,68	36,51%	13.990,15	17,0%	2.378,33	1.119,21	1.259,11
ABR	43.250,86	313,90	85,00	398,90	42.851,96	80,71%	34.585,82	17,0%	5.879,59	2.766,87	3.112,72
MAI	40.038,68	298,18	2.108,67	2.406,85	37.631,83	40,04%	15.067,78	17,0%	2.561,52	1.205,42	1.356,10
JUN	36.794,24	391,27	445,55	836,82	35.957,42	59,30%	21.322,75	17,0%	3.624,87	1.705,82	1.919,05
	231.543,86	2.452,40	7.606,01	10.058,41	221.485,45				TOTAL DO DÉBITO INFR. 01		11.272,86

Por tudo quanto exposto, mantenho parcialmente subsistente a infração 01.

Em relação à infração 02 verifico que assiste razão ao autuante tendo em vista que restou evidenciado nos autos que, efetivamente foram emitidas notas fiscais D-1, pelo contribuinte que está obrigado a emissão do Cupom Fiscal, em ocasiões que não se configuram as exceções prevista no § 2º do inciso II do art. 238 do RICMS-BA/97. Estatui esse dispositivo regulamentar que a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor só é permitida nos seguintes casos:

1. Em decorrência de sinistro ou razões técnicas, esta última devidamente comprovada e consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica;
2. Quanto houver solicitação do adquirente das mercadorias, hipótese em que a empresa deverá anexar a primeira via do documento fiscal emitido no ECF à via fixa do documento fiscal emitido, no qual, serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Como no presente caso, não fora carreado aos autos qualquer atestado de intervenção por empresa credenciada ou ocorrência de sinistro que impedisse o funcionamento do ECF como prevê o aludido dispositivo regulamentar, deixo de acatar a transformação da multa aplicada de 5% sobre o valor das operações prevista no inciso XX do art. 42 Lei 7.014/96, requerida pelo autuado, por entender que a infração fora devidamente caracterizada e não restou evidenciado nos autos como quer aduzir a defesa, que não ocorrera prejuízo ao erário.

Quanto à alegação de que a multa estipulada teria caráter confiscatório, cumpre dizer que esse tipo de abordagem escapa ao âmbito de competência deste órgão de julgamento, não sendo razoável discutir a constitucionalidade do direito posto na esfera administrativa.

Por isso mantenho a infração 02.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **120208.0909/06-4**, lavrado contra **F C S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.272,86**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 380,28**, prevista na alínea “h” do inciso III do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR