

A. I. N º - 206956.0011/07-3
AUTUADO - TUTTI DUE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 06. 09. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0275-01/07

EMENTA. ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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 subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/06/2007, exige ICMS no valor de R\$ 14.272,46 e aplica multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.836,76, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito ou de débito, nos meses de janeiro a março, junho, agosto, setembro e dezembro de 2006, sendo exigido o pagamento do imposto no valor de R\$ 14.272,46, acrescido da multa de 70%. Consta que foi elaborada planilha comparativa de pagamentos por meio de cartão de crédito/débito, na qual foram lançados os dados referentes às fitas de redução Z e às notas fiscais, sendo entregue cópias ao contribuinte, mediante recibo, bem como as informações da movimentação diária, repassadas pelas administradoras de cartão;

2 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que estava obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2006,

sendo aplicada a multa de 5% sobre o valor das operações, que resultou no valor de R\$ 26.836,76. É informado que não consta no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências razão para o ocorrido, bem como não foi identificado no INC/SEFAZ – Sistema de Informações do Contribuinte atestado de intervenção nas datas relativas à autuação, conforme cópias anexadas aos autos.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 265/266, alegando, inicialmente, que durante a ação fiscal não lhe foi permitido o acesso às planilhas de cálculo do imposto exigido através do Auto de Infração.

Argumenta que o principal equívoco cometido pelo autuante consistiu na aplicação da alíquota linear de 17% para cobrança do ICMS supostamente devido, ao invés de exigir o imposto por faixa de faturamento, considerando que seu estabelecimento encontrava-se enquadrado no regime SimBahia, como empresa de pequeno porte, de acordo com a DME – Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (fl. 270) e conforme consta no cabeçalho do próprio Auto de Infração.

Apresenta uma tabela referente ao seu faturamento e às alíquotas correspondentes e outra relativa aos valores de base de cálculo apuradas pela fiscalização, aplicando sobre as mesmas as alíquotas concernentes ao seu enquadramento no SimBahia, que resulta no débito total de ICMS no valor de R\$ 2.343,73.

Assevera que em se tratando da infração 02, não encontrou motivo suficiente para a cobrança da multa, haja vista que a obrigação tributária acessória foi cumprida, considerando que foram emitidas as notas fiscais de venda a consumidor, documentos estes que são amplamente solicitados pelos clientes que freqüentam o seu estabelecimento.

Requer a anulação da multa em referência, bem como do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 278, ressaltando que em relação à infração 01 o impugnante se limitou a apresentar uma tabela de faturamento X alíquota utilizada para cálculo do ICMS, referente à sua condição de contribuinte enquadrado como empresa de pequeno porte, sem contestar efetivamente a infração.

Quanto à infração 02 foi apresentada defesa, porém sem justificar a impossibilidade de emitir cupons fiscais. Esclarece que não consta no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências razões que justificassem a ocorrência, nem foi identificada a existência de atestados de intervenção no Sistema INC/SEFAZ.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS por omissão de saída de mercadorias, apurada mediante levantamento de vendas com pagamentos realizados através de cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras dos referidos cartões e por instituições financeiras, bem como foi aplicada multa pela emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal.

Constatou que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 18, inciso IV, alínea “a” e 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, tendo sido descritas com clareza as infrações, que estão fundamentadas nos demonstrativos que foram elaborados com base na documentação fiscal e nas informações coletadas da leitura do equipamento emissor de cupom fiscal do sujeito passivo, bem como nos dados fornecidos pelas administradoras dos cartões de crédito/débito, que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator. Constatou, por outro lado, que na defesa não foi oferecida nenhuma prova de existência de

qualquer equívoco ou falha técnica no lançamento efetuado pelo autuante, que caracterizou as infrações de forma detalhada.

No mérito, verifico que na infração 01 o autuante atribui ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, tendo em vista que foi constatado que em uma parcela das vendas realizadas para não contribuintes do ICMS o autuado emitia notas fiscais.

Assim, considerando o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Nos termos dos artigos 824-B, *caput*, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF.

O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes, conforme transcreto abaixo:

“Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexada à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a

Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.

§ 4º No caso emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor em ECF para cancelamento de Nota Fiscal de Venda a Consumidor anterior, aquela deverá ser emitida em jogo de formulário em branco.

§ 5º O documento fiscal emitido em ECF não poderá ser retido pelo emitente, sendo permitida, contudo, a retenção de cupom adicional ao Cupom Fiscal, emitido para este fim.”

Conforme se conclui da leitura desses dispositivos, no caso de emissão de nota fiscal de venda a consumidor ou nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do cliente, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1^a via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número sequencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Saliento que esse procedimento não representa uma faculdade dada ao contribuinte, mas uma imposição, valendo dizer que a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida a determinação regulamentar acima referida, havendo, nesse caso, a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quando fiscalizado quanto ao erário estadual, para evitar qualquer risco ou prejuízo.

Não resta nenhuma dúvida de que, caso o contribuinte tivesse observado as disposições regulamentares acima referenciadas, elidiria a acusação fiscal com a comprovação através da 1^a via do cupom fiscal anexada à via fixa da nota fiscal correspondente.

Observo que o sujeito passivo, considerando o fato de estar enquadrado no regime SIMBAHIA – empresa de pequeno porte, se insurgiu contra a utilização da alíquota de 17%, da maneira como efetuada pelo autuante. Ressalto não lhe assistir razão, pois a apuração do imposto foi feita de forma correta, tendo sido seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, devendo ser aplicada a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme transcrições abaixo:

“Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

...

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no

regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

...

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário."

...

"Art. 915. *Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;"

Assim, considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente. Deste modo, mantenho integralmente a infração 01.

No tocante a infração 02, a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238, já mencionados. Pela análise desses dispositivos regulamentares, constato que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir 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. Observo, entretanto, que não foi esse o motivo que levou o contribuinte a emitir notas fiscais em substituição aos cupons, tendo em vista que não há prova nos autos nesse sentido.

Conforme explicitado acima, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Por sua vez, o artigo 42, inciso XIII-A, alínea "h" da Lei nº. 7.014/96 estabelece multa específica de 5% do valor da operação ou prestação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso desse equipamento nas situações em que está obrigado.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, que emitiu notas fiscais quando deveria ter-se utilizado do equipamento ECF, todavia não trouxe provas de que o procedimento adotado estava de acordo com a disposição regulamentar. Assim, entendo que a infração 02 está devidamente caracterizada.

Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração 206956.0011/07-3, lavrado contra **TUTTI DUE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 14.272,46, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais, bem como da multa decorrente de

descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.836,76, prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do mesmo artigo e Lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR