

A. I. N° - 232948.0907/06-2
AUTUADO - MERCADINHO DSS LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02.10.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0287-04/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 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 A 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 acatado. Indeferido o pedido para realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2006, reclama o valor de R\$ 24.229,56, 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Sendo cobrado o imposto no valor R\$ 22.488,73, 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 montante das operações resultando no valor de R\$ 1.740,83.

O autuado ingressa, tempestivamente com defesa, fls. 15 a 66, depois de transcrever as infrações, aduz o seguinte:

Depois de discorrer acerca dos princípios que regem o processo administrativo fiscal tais como: da Legalidade Objetiva, da Verdade Material, da Tipicidade Cerrada e da Inquisitorialidade, o

autuado requer a nulidade do auto de infração alegando cerceamento ao seu exercício da ampla defesa pelo fato de não lhe ter sido entregue uma cópia “em formato de papel” do demonstrativo mês a mês através do relatório TEF por operações e nem anexado aos autos, transcrevendo às fls. 28 a 31, ementas de Acórdãos de decisões do CONSEF, cujos Autos de Infrações foram julgados nulos por cerceamento de defesa. Requer também a nulidade, com base no inciso II do art. 39 do RPAF-BA/99, pela falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal tendo em vista que a situação descrita no Auto de Infração não caracteriza fato gerador do ICMS, transcreve também às fls. 33 a 35, ementas de decisões prolatadas pelo CONSEF por imputação imprecisa.

Assevera 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 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%). Por isso, diz que a pretensão do autuante é nula, não tem procedência, nem a mínima condição de prosperar, transcrevendo às fls. 31 a 83 várias decisões do CONSEF para sustentar sua assertiva.

Aduz ainda que caso não seja acatada a nulidade, que seja aplicada a proporcionalidade com base nos percentuais do total suas operações de saídas de mercadorias tributadas. Para tanto apresenta planilhas de apuração do imposto devido, fl. 84, aplicando a proporcionalidade com base nos percentuais mensais de suas entradas de mercadorias tributadas conforme planilha às fls. 73 a 82, (jan – 52,24%, fev – 43,25%, mar – 56,14%, abr – 55,11%, mai – 50,61% e jun – 50,24%) que resultou no ICMS devido de R\$ 9.958,45. Nessa planilha de apuração foram utilizados os valores das vendas por meio de cartão de crédito informadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, os mesmos valores utilizados pelo autuante, fl. 08, contrapondo-se às vendas apuradas pelo mesmo meio de pagamento através de notas fiscais, também coligidas pelo autuante, fl. 09, e os totais de vendas apuradas no ECF de acordo com planilhas elaborada pela defesa, fl. 68, cuja origem desses dados não fora indicada e afiguram-se com valores superiores ao apurado pelo autuante, fl. 09.

Para suportar sua pretensão colaciona aos autos trechos de ementas de julgados em que foram aplicados o critério da proporcionalidade, fls. 38 a 49.

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, 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 que transcreve às fls. 53 a 60.

Insurge-se em relação à 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 o princípio do não-confisco que decorre do disposto no inciso IV do artigo 150 da CF/88, o qual transcreve à fl. 63.

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.

Para enfatizar seu entendimento sobre o efeito confiscatório da multa aplicada transcreve trechos de fragmentos da obra dos juristas renomados: José Cretela Junior, Sacha Calmon Navarro Coelho e José de Miranda Guimarães, os quais entendem que a multa ou o tributo é confiscatório quando buscar retirar parte substancial da propriedade ou a totalidade da renda do contribuinte.

Observa que no presente 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 no seu entendimento 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 fora a venda efetuada através da emissão de Cartão de Débito e/ou Crédito 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.

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 7.014/96 e art. 158 do RPAF-BA/99 e consoante decisões anteriores deste Conselho.

O autuante em sua informação, fls. 606 a 609, esclarece que o auto de infração não apresenta falhas, em virtude de ter sido executado de acordo com os documentos apresentados pelo autuado e de acordo com a legislação vigente, alinhando as seguintes ponderações:

Em relação à infração 01, afirma que não houve agressão ao direito do exercício da ampla defesa na medida em que todos os cálculos foram feitos com base nas leituras “Z” e talões D- 1, fl. 09, apresentados pelo autuado e nos valores mensais das vendas com cartões de créditos fornecidas pelas administradoras à SEFAZ, fl. 8. Esclarece que tais valores não foram anexados em virtude de também estarem à disposição do autuado, detentora do direito de solicitá-los. Acrescenta que, em virtude de possuir todos os elementos materiais necessários para a elaboração da sua defesa, o autuado jamais poderia alegar falta de dados para efetuar a sua contestação às infrações detectadas, assim como alegar cerceamento ao seu direito de defesa, por isso, assevera que não tem procedência as alegações de que a autuação fora feita por mera presunção e do cerceamento ao direito de defesa.

Esclarece, ainda que, não existe inadequação na aplicação do roteiro de fiscalização utilizada em virtude da empresa comercializar produtos isentos, da cesta básica e da substituição/antecipação

tributaria, pois este é apenas um dos roteiros fiscais e/ou contábeis aplicados ao tipo de comércio e às empresas usuária de ECF.

Ressalta que no tocante a não aplicação da proporcionalidade das vendas no cálculo da infração, o Autuante esclarece que ao optar pelo “benefício fiscal” do SimBahia, em virtude do tratamento tributário diferenciado e simplificado, a Autuada perde o direito de calcular o imposto com base no regime normal. Acrescenta que o tratamento tributário diferenciado dado pelo SimBahia estabelece que o cálculo do imposto a recolher deve ser feito como base no faturamento da Empresa. Por conseguinte, o cálculo do imposto deve ser feito sobre a receita ajustada, para a EPP e para as Microempresas em função da receita do ano anterior. Transcreve à fl. 608, os artigos 386-A e 387-A do RICMS-BA/97 para fundamentar seu argumento. Aduz que tomando como base os argumentos acima, as cópias de notas fiscais anexas comprovando a proporcionalidade das vendas perdem a sua validade.

Quanto à infração 02, diz que o autuado alega que não houve sonegação de impostos em virtude de ter havido o seu recolhimento no tempo hábil e que a emissão de notas fiscais modelo D-1 deu-se pela falta constante de energia na área onde está o estabelecimento da empresa. Afirma que o autuado procura fugir da infração criando nova situação de fato. Ressalta que o autuado tenta com argumentos frágeis se isentar de uma infração cabalmente autêntica. Acrescenta que não está cobrando imposto algum, pois, está sendo somente aplicada a legislação pertinente que autoriza a cobrança apenas da multa pela emissão indevida das notas fiscais modelo D-1 em substituição dos cupons fiscais sem a devida justificativa legal, fato não elidido pelo autuado, em virtude da falta das provas materiais, ou seja, documentos probantes das interrupções de energia na região.

Conclui pela manutenção integral o Auto de Infração

Constatado que as cópias do TEF diário por operações fornecido pelas administradoras de cartão de crédito não foram entregues ao autuado e nem foram apensadas ao presente Auto de Infração, esta Junta, em pauta suplementar, enviou os autos em diligência à INFAZ de origem para que fossem colacionadas aos autos o Relatório TEF e fornecidas as cópias ao autuado e reaberto o prazo de defesa para que pudesse fundamentar sua defesa, fl. 612.

Às fls. 900 a 901, consta a intimação do autuado pelo Órgão preparador para fornecimento da cópia do Relatório TEF Diário por operadora, e reabertura do prazo defesa, bem como, verifica-se que o relatório TEF fora anexado às fls. 616 a 898.

Comprida a diligência o autuado manifestou-se, fls. 904 a 911, reiterando todos os seus argumentos já expendidos em suas manifestações anteriores, alega também que a diligência solicitada pela 2ª JF não fora cumprida, pois não recebera a cópia do TEF diário por operações. Apresenta cópias dos Acórdãos CJF nºs 0291-12/06 e 0272-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, fls. 917 a 923, respectivamente, decidido pela nulidade pela aplicação de roteiro inadequado e pela aplicação da proporcionalidade às saídas de mercadorias não tributadas ou já antecipadas. Solicita também o autuado diligência fiscal a ser realizada pela ASTEC para que sejam respondidos os quesitos enunciados à fl. 910.

Conclui reiterando seu pedido de nulidade da infração 01 e, caso não seja acatado requer que seja abatido mês a mês todas as operações que por equívoco foram registradas no ECF, como se fossem “a dinheiro” quando de fato foram por meio de cartão de crédito, e desse resultado obtido que seja aplicada o princípio da proporcionalidade. Em relação à infração 02, requer a redução da multa para R\$ 50,00, na forma prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa, fls. 927 a 931, após a manifestação do autuado ao tomar ciência da diligência à INFAZ de Origem para reabertura do prazo de defesa, depois de reiterar seus argumentos aduzidos na informação anterior acrescenta ainda o seguinte:

1. os comprovantes do relatório diário foram anexados ao presente auto de infração, conforme solicitação da 2ª JF, fl. 612;

2. ao contrário do que o autuado afirma, fl. 906, as cópias em papel das operações TEF lhes foram entregues em 20/04/2004, conforme comprova o recibo assinado na fl. 899, anexo. Diz que, dessa forma, o autuado não mais pode alegar, novamente, cerceamento de defesa, fl. 907;
3. é desnecessário o exame das bobinas de ECF para verificar qual a forma de pagamento das vendas visto que o resumo das operações diárias pode ser vista através Redução “Z”, que constitui-se no resumo diário da movimentação dos cupons fiscais;
4. cabe ao autuado realizar a confrontação dos boletos das administradoras com os respectivos cupons fiscais para provar à fiscalização que tais vendas, apesar de estarem classificadas como dinheiro, foram feitas sob a modalidade de cartão de crédito/débito. Acrescenta que o autuado teve a seu dispor 60 dias para anexar tais comprovantes, ou seja, 30 dias por ocasião da 1ª defesa e 30 dias após o recebimento dos relatórios TEF e, apesar desse prazo dilatado, não os anexou.

Observa que apesar de não estar expresso na legislação do ICMS a obrigatoriedade da guarda dos comprovantes da movimentação de cartão de débito/crédito, tais boletos são imprescindíveis como elemento probante do faturamento do contribuinte nas diversas esferas da fiscalização, além de se constituírem como provas de operações com as administradoras.

Conclui o autuante em virtude do autuado não apresentar fatos que comprove que tais vendas classificadas em dinheiro foram efetuadas em cartão de crédito/débito, opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

De plano deixo de acatar a preliminar de nulidades 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 constato que o roteiro aplicado:

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 aplicação 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 50%, como se verifica no seu levantamento apensado à defesa, fls. 71 e 82. 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 tem 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, inclusive o relatório TEF diário por operadora como se verifica a declaração de recebimento expressa, fl. 899. Constato 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 diligência 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” 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 questionário já consta dos autos.

1. existiram operações registradas como se fossem “a dinheiro” nas bobinas do ECF cujos valores confrontados na mesma data com o Relatório das Administradoras são iguais?. Resp.: SIM;
2. existe possibilidade do funcionário da autuada quando da operação de compra por parte do cliente acionar a tecla “dinheiro” constante do ECF e o cliente pagar em cartão? . Resp.: SIM;
3. Se, acontecendo a resposta sim à pergunta anterior, as informações prestadas pelas Administradoras ficam divergentes das operações constantes da redução “z” apresentadas pela autuada? . Resp.: Positivo;
4. Existe no processo fiscal (vide anexo 07 da defesa) 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;
5. Após examinar as bobinas de ECF utilizadas no período fiscalizado o auditor diligente contactou que houve emissão de cupom fiscal cuja operação consta a expressão “dinheiro” e foi apurada na informação prestada pela Administradora de Cartão operação através de cartão de crédito e/ou débito no mesmo valor ou data? . Resp.: Não restam dúvidas nos autos de que ocorreram esse tipo de equívoco pelo autuado, anexo 07, fls. 592 a 598 ;
6. Há no regulamento do ICMS do estado da Bahia previsão de obrigatoriedade ou conservar comprovantes de operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito assinado pelos clientes? . Resp.: Não há exigência específica no RICMS-BA/97;
7. Caso a resposta à pergunta seja sim qual o artigo do RICMS e da Lei que obriga o contribuinte a guardar ou conservar comprovantes de operações efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito assinadas pelo clientes?. Resp.: Apesar de não constar exigência específica relativa à cartão de crédito ressalto que todo e qualquer documento relativo a operações mercantis vinculadas a apuração do ICMS deverão ser conservados pelo contribuinte no mínimo pelo prazo decadencial previsto no art. 965, conforme determina o art. 144, todos do RICMS-BA/97.

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 existem operações registradas em seu ECF como se fossem “a dinheiro” que foram pagas por meio de cartão de crédito ou de débito e que a fiscalização não examinou as bobinas do ECF para constar essas ocorrências. Segundo, 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, ou seja, uma parcela significativa de suas operações é de mercadorias isentas ou submetidas ao regime de substituição ou antecipação tributária, apresentou inclusive planilhas explicitando esses percentuais, fls. 60 a 67, colacionando, também aos autos cópia do Acórdão CJF Nº 0291-12/06, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF em que foram considerados esses percentuais nas saídas na apuração do débito.

Verifico que mesmo apresentado todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e reaberto o prazo de defesa, fls. 899 a 901, 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. 592 a 598, e não foram considerados no levantamento fiscal. Por entender que as operações devidamente comprovadas pelo autuado e que não constam da “DADOS DA REDUÇÃO “Z” MEIO DE PAGAMENTO CARTÃO”, elaborada pelo autuante, fl. 09 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 com tributação nas formas supra enunciadas.

A exemplo dos Acórdãos CJF N^{os} 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 mercadorias tributadas, conforme percentuais apresentados nas planilhas às fls. 71 a 82, 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. 84, 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. 592 a 598. 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.

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

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, totalizando o valor de R\$ 232,76, além de considerar a proporcionalidade nas operações do autuado com mercadorias tributadas aplicada sobre as diferenças apuradas que reduziu o lançamento inicial que era de R\$ 22.488,73, fls. 01 e 08, para R\$ 11.752,80.

T O T A I S D O S C U P O N S C O M O S
R E S P E C T I V O S B O L E T O S - f l s . 5 9 2 a 5 9 8 .

P E R Í O D O	V . C O M P .	P E R Í O D O	V . C O M P .
		T R A N S P .	-
J A N E I R O	-	A B R I L	1 1 , 0 0
F E V E R E I R O	-	M A I O	8 0 , 0 0
M A R Ç O	-	J U N H O	1 4 1 , 7 6
S U B T O T .	-		
T O T A L C O M P R O V A D O			2 3 2 , 7 6

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - EXCLUINDO-SE OS CUPONS COMPROVADOS PELA DEFESA, fls. 592 a 598, E APLICANDO-SE A PROPORCIONALIDADE DAS MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS

MÊS	VENDAS INF. PELAS OPERADORAS	CUPONS COMPROV. Fls. 592 a 598 - DEFESA	NOTAS FISCAIS E CUPONS APURA-DOS PELA FISCALIZ.	TOTAL N F + CUPONS	DIFERENÇA BASE DE CÁLCULO	PERCENT. PROPORCIONALIDADE.	BASE DE CÁLCULO PROPORCIONALIDADE	ALIQ.	ICMS	CRÉDITO DE 8 %	ICMS DEVIDO
JAN	50.892,67	-	7.574,84	7.574,84	43.317,84	56,24%	24.361,95	17,0%	4.141,53	1.948,96	2.192,58
FEV	47.797,45	-	7.553,83	7.553,83	40.243,63	43,25%	17.405,37	17,0%	2.958,91	1.392,43	1.566,48
MAR	55.851,52	-	8.358,89	8.358,89	47.492,64	56,14%	26.662,37	17,0%	4.532,60	2.132,99	2.399,61
ABR	57.596,65	11,00	8.518,24	8.529,24	49.067,42	55,11%	27.041,05	17,0%	4.596,98	2.163,28	2.433,69
MAI	59.949,80	80,00	8.829,53	8.909,53	51.040,28	50,61%	25.831,48	17,0%	4.391,35	2.066,52	2.324,83
JUN	47.904,28	141,76	29.282,28	29.424,04	18.480,25	50,24%	9.284,48	17,0%	1.578,36	742,76	835,60
	319.992,37	232,76	70.117,58	70.350,34	249.642,03				TOTAL DO DÉBITO INFR. 01		11.752,80

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, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento parcial, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

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 **232948.0907/06-2**, lavrado contra **MERCADINHO DSS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.752,80**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.740,83**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, do supracitado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA