

**PROCESSO** - A. I. Nº 206921.0014/06-5  
**RECORRENTE** - RR - SURPRESA COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0231-02/07  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 21/08/2008

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO CJF Nº 0237-12/08**

**EMENTA:** ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE 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. Efetuada, de ofício, a adequação do percentual da multa, de 5% para 2%, tendo em vista a nova redação da alínea “h” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, introduzida pela Lei nº 10.847/07. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e para aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, 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 por administrativa de cartão de crédito. Foi lançado imposto no valor de R\$11.288,03.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Foi aplicada multa no valor de R\$185,29.

O autuado apresentou defesa, fls. 26 e 27, alegando que desconhecida a maneira correta de trabalhar com cartão de crédito e que, por esse motivo, registrou operações pagas com cartão como se tivessem sido quitadas com dinheiro. Discriminou, mês a mês, os valores das vendas que foram pagas com cartão e as que foram acobertadas por notas fiscais.

Na informação fiscal, fl. 45, o autuante reiterou os termos do lançamento e solicitou que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

Na Decisão recorrida, o Auto de Infração foi julgado procedente, pois considerou a primeira instância que as infrações estavam caracterizadas e que as alegações trazidas defesa não eram capazes de elidir as acusações.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, referindo-se à infração 1, alega que a acusação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF/99, em seus artigos 2º, 18, IV, “a”, e 41, II. Menciona que a descrição dos fatos feita pelo autuante demonstra a falta de certeza do auditor. Sustenta que a ausência de prova da saída das mercadorias sem nota fiscal conduz à nulidade do lançamento. Após frisar que mantém escrituração fiscal e mercantil, o recorrente diz que a ocorrência de saída de mercadorias não contabilizadas tem natureza exclusivamente contábil. Transcreve jurisprudência.

Ressalta que não tinha conhecimento do Termo de Intimação de fl. 8, uma vez que esse termo foi entregue a uma pessoa não autorizada, Sr. José Santana da Silva, contrariando o disposto no art. 26, inc. III, do RPAF/99. Acosta aos autos de seu contrato social e relação de empregados.

Aduz que, caso prevaleça a omissão de saída, a apuração do imposto deverá ser feita com base no regime simplificado, já que estava enquadrado no SimBahia. Diz que a infração que lhe foi imputada não é de natureza grave, haja vista que a multa de 70% é uma das menores penas previstas no art. 915 do RICMS-BA. Sustenta que a previsão constante no art. 408-L, inc. V, do RICMS-BA, não pode prevalecer, pois só a lei pode impor penalidade. Para embasar sua alegação, transcreve dispositivos regulamentares e cita jurisprudência.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita a anulação do lançamento.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, ao exarar o Parecer de fls. 76 a 83, ressalta, inicialmente, que o Recurso Voluntário interposto não traz comentários acerca da infração 2.

Referindo-se à infração 1, a ilustre procuradora afirma que o recorrente não trouxe ao processo qualquer elemento capaz de elidir a acusação. Frisa que a presunção utilizada pelo autuante tem respaldo legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96).

Quanto à intimação de fl. 8, afirma que a intimação é válida, pois foi o Sr. José Santana da Silva quem assinou o termo de devolução de livros e documentos (fl. 7), bem como assinou como testemunha o termo de alteração do contrato social (fl. 71). Diz que os documentos apresentados não capazes de comprova a inexistência de ligação entre o recorrente e o citado senhor.

Sustenta a procuradora que a alíquota aplicada ao caso em tela está correta, visto que, sendo a omissão de saídas uma infração de natureza grave, o artigo 15, inciso V, da Lei nº 7.357/98, dá lastro à exigência do imposto omitido como base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, bem como ao crédito presumido de 8%.

Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## **VOTO**

Referindo-se à infração 1, o recorrente suscita a nulidade do lançamento, pois entende que a acusação que lhe foi feita encontra-se desprovida de elementos comprobatórios e que o autuante demonstra incerteza na descrição dos fatos.

Não acolho essas alegações recursais, pois os demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o recorrente recebeu cópia, comprovam que as vendas consignadas nas “reduções Z” dos ECFs como pagas com cartão de crédito e/ou débito eram inferiores às informadas pelas administradoras de cartão e pelas instituições financeiras. Esse fato, de acordo com o previsto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza que o fisco presuma a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Nos autos, há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração (omissão de operações de saída de mercadorias) e o infrator (o recorrente).

Os fatos foram descritos de forma clara e precisa, e a capitulação legal da infração está correta. Estão presentes nos autos os elementos necessários ao exercício do direito de defesa, o qual foi exercido em sua plenitude pelo recorrente. A afirmação do autuante de que uma parte significativa das vendas por meio de cartão não deve ter sido discriminada nas “reduções Z” não enseja nenhuma insegurança na acusação, pois, conforme já dito acima, a exigência fiscal está fundamentada em uma presunção legal, cabendo ao contribuinte comprovar a sua improcedência.

A alegação recursal de que saída de mercadorias não contabilizadas tem natureza exclusivamente contábil não tem pertinência, pois a acusação imputada ao recorrente foi de ter realizado operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS. O que se questiona é a tributação da operação omitida, e não a sua contabilização. Não havia como o autuante indicar quais as mercadorias cuja saída foi omitida, pois a auditoria fiscal é feita com base no valor monetário das operações. Na situação em tela, deveria o recorrente apresentar os documentos fiscais correspondentes às operações informadas pelas administradoras de cartão.

Com fulcro no art. 108, inc. I, do RPAF/99, considero válida a intimação de fl. 8, pois foi feita a um preposto da empresa, o senhor José Santana da Silva. A condição de preposto fica clara quando se observa que foi o referido senhor que recebeu e assinou o Auto de Infração e seus anexos (fls. 2 e 3) e também foi quem recebeu os livros e documentos devolvidos pelo autuante após a ação fiscal (fl. 7).

No que tange à forma de apuração do imposto, também não merece acolhimento as alegações recursais. Nos termos do disposto no *caput* do art. 19, combinado com o art. 15, inc. V, ambos da Lei nº 7.357/98, quando se constatar a prática de infração de natureza grave, “elencada em regulamento”, o imposto será apurado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais. Assim, ao classificar a irregularidade punida com a multa capitulada no inc. III do art. 915 do RICMS-BA como sendo de natureza grave, o Regulamento não incidiu em ilegalidade e nem ultrapassou os seus limites, já que está em perfeita consonância com a Lei nº 7.357/98. Desse modo, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, saliento que não há qualquer erro na apuração do imposto cobrado na infração em tela.

Apesar de o recorrente não ter feito qualquer comentário sobre a infração 2, observo que a multa que foi aplicada pelo autuante merece ser retificada, pois, com o advento da Lei nº 10.847/07, o percentual da multa aplicada foi reduzido de 5% para 2%. Dessa forma, de ofício e com fulcro no princípio da retroatividade benigna (art. 106, II, “c”, do CTN), retifico a multa aplicada para o percentual previsto na Lei nº 10.847/07, passando o débito de R\$185,29 para R\$74,12, conforme o demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	B. Cálculo (R\$)	Multa (%)	Valor (R\$)
31/01/06	11,00	2%	0,22
28/02/06	133,21	2%	2,66
31/03/06	163,86	2%	3,28
30/04/06	1.751,75	2%	35,04
31/05/06	852,71	2%	17,05
30/06/06	793,62	2%	15,87
Total da Infração 2			74,12

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida, porém, de ofício, modifico o percentual da multa indicada na infração 2.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado referente à Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206921.0014/06-5**, lavrado contra **RR-SURPRESA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.288,03**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$74,12**, reduzida de ofício, com base no art. 2º, V, da Lei nº 10.847/07, que alterou o art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS