

**A. I. N °** - 157064.0056/06-5  
**AUTUADO** - CSM CENTRAL DE SERVIÇOS E MATERIAIS ÓTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FERREIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 10.06.08

## **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF N° 0035-05/08**

**EMENTA:** ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu, sendo comprovado por meio de diligência que o autuado somente comercializou no período fiscalizado com mercadorias com a fase de tributação já encerrada. Infração insubsistente. 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. Reduzido o valor do débito com base na retroatividade benéfica prevista na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN em decorrência da aplicação da multa de 2%, de acordo com a Lei nº 10.847 de 28/11/2007 que alterou a alínea ‘h’, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7014/96. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2006, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - falta de recolhimento do ICMS decorrente da 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, nos meses de janeiro a junho de 2006. Sendo exigido ICMS no valor de R\$4.539,69 e aplicada a multa de 70%;

INFRAÇÃO 2 - emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a junho de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.613,77.

O autuado apresenta defesa, fl. 19, argüindo inicialmente não haver divergência entre o valor informado à SEFAZ pelas operadoras de cartão de crédito e o valor tributado, tendo em vista que a discordância encontrada pela fiscalização decorreu do fato das vendas por ele realizadas por meio de cartão de crédito terem sido lançadas na “redução Z” como venda a vista, e não como cartão. Diz que se encontra a disposição para apresentação dos valores acumulados de seu faturamento e os devidos recolhimentos do ICMS, além de toda documentação referente aos cupons e boletos manuais.

Afirma também considerar injusta a cobrança exigida no Auto de Infração, por já ter cumprido na íntegra todas as suas obrigações principais e acessórias como comprova o total das vendas das “redução Z” e D-1, principalmente, por comercializar somente com mercadorias constantes do art. 353 do RICMS-BA/97 e relacionadas no anexo 88 do mesmo regulamento, efetuando o pagamento antecipado no momento de suas compras com a aplicação da MVA. Por isto, enfatiza não caber a cobrança da tributação aplicada de 17% nas saídas destes produtos.

Conclui afirmando que, comprovadamente, o pagamento da diferença exigida no Auto de Infração configura bi-tributação, e por isso, espera que seja revista a cobrança, para que não resulte na exigência de um pagamento indevido.

Na informação fiscal apresentada às fls. 25, o autuante, depois de descrever as infrações, informa que à fl.19, o autuado confirma a divergência entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e os constantes em seus equipamentos atribuindo ao fato de registrar em seu equipamento fiscal como se essas operações tivessem sido realizadas a vista. No entanto, ressalta que o autuado não apresentou comprovação alguma para lastrear sua alegação.

Observa ainda que a defesa, em relação à infração 2, não tece comentário algum no sentido de rebater a acusação fiscal.

Finaliza o autuante mantendo integralmente a autuação.

Em pauta suplementar a 4ª JJF, considerando que não consta nos autos a cópia do Relatório de Informações TEF - Diários - Operações, contendo todas as operações individualizadas e nem a comprovação de seu recebimento pelo autuado, converteu o PAF em diligência, fl. 28, a fim de que fosse apensado aos autos e fornecido ao autuado, mediante recibo, cópia dos referidos relatórios, bem como fosse apurado pelo autuante, com base na documentação fiscal do autuado o percentual mensal das operações tributadas normalmente, antecipadas e não tributadas e, reaberto o prazo de defesa de trinta dias.

Atendida a diligência, verifica-se que a cópia do Relatório de Informações TEF - Diários - Operações, foi apensada aos autos, fls. 30 a 41, o autuante colacionou à fl. 42, demonstrativo percentual das operações do autuado, onde figura que as vendas no período fiscalizado são constituídas de mercadorias com o ICMS antecipado.

Não localizado no endereço de seu estabelecimento, fls. 44 e 45, o autuado foi intimado por edital, fl. 46, porém não se manifestou.

## **VOTO**

A infração 1 versa sobre a omissão de saídas de mercadorias tributárias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela administradora de cartão de crédito.

Verifico que o levantamento realizado pelo autuante, fl. 10, comparou os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito, fl. 14, com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas com cartão de crédito através de notas fiscais D-1, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

O autuado ao se defender observa que registrou no seu ECF as operações por meio de cartão de crédito como se tivessem sido realizadas a vista e alega que seu estabelecimento somente comercializa com material ótico, enquadrado no Regime de Substituição Tributária, constante do art. 353 do RICMS-BA/97 e relacionado no anexo 88 do mesmo regulamento, portanto, com o pagamento antecipado do imposto.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de assegurar o direito do contribuinte à ampla defesa e contraditório, deliberou em pauta suplementar pela conversão do processo em diligência à INFAZ - ATACADO, a fim de que fossem colacionadas aos autos e entregues ao autuado cópias dos Relatórios de Informações TEF diário por operações bem como fosse determinado pelo autuante o percentual das operações tributadas normalmente, antecipadas e não tributadas e reaberto o prazo de defesa de trinta dias, o que foi cumprido pela repartição fazendária. Conforme se verifica à fl. 42, o autuante informa que as vendas do autuado, efetivamente, se constituem, em sua totalidade, de operações com antecipação do imposto.

Com base na informação prestada pelo autuante que confirma a alegação defensiva, de que somente comercializa com mercadorias com o imposto antecipado, acato como prova da improcedência relativa da presunção, conforme previsto na própria norma legal.

Ressalto ter sido esse o posicionamento reiterado do CONSEF em inúmeras decisões que consideram descabida a aplicação de presunção legal, nos casos em que a totalidade da saída é constituído de mercadorias não tributadas, isentas ou com imposto substituído.

Assim, considero este item da autuação insubsistente.

Em relação à infração 2, cuida da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o contribuinte.

Nos termos do artigo 824-B, do RICMS-BA/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de Cupom Fiscal - ECF para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de equipamento emissor de Cupom Fiscal.

Em sua defesa, o autuado especificamente não se manifestou acerca da infração 2.

Entretanto, ressalto que as circunstâncias em que é facultado ao contribuinte usuário obrigatório de equipamento emissor de Cupom Fiscal a emissão de outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal são preconizadas pelo art. 238 do RICMS-BA/97, a seguir transcrito:

*“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:*

[...]

*§ 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.”*

Conforme se depreende da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, apenas nos casos de sinistro ou razões técnicas pode haver a substituição do Cupom Fiscal por outro documento fiscal. No caso em exame, não há nenhuma comprovação de ocorrência de intervenção técnica no equipamento. Assim, inexistiu dúvida nos autos de que o autuado estava obrigado a emitir o cupom fiscal e emitiu outro documento fiscal. Portanto, assiste razão ao autuante, sendo correta a aplicação da multa de 5% sobre o valor da operação, conforme previsto na alínea “h” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, tendo em vista a redução da multa de 5% para 2%, promovida pela Lei nº 10.847 de 28/11/2007, alterando a alínea “h” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, entendo que no presente caso deve ser aplicado o preceito disposto na alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN, que institui a retroatividade benigna nos casos em que lei tributária impõe a ato ou fato pretérito penalidade menos gravosa que a prevista na lei vigente ao da sua prática.

Assim, aplicando-se a multa de 2% ao valor das operações em que o autuado emitiu documento fiscal diverso do que estava obrigado, o valor do débito que era de R\$1.613,77, passa para R\$645,51. Por isso, considero restar parcialmente caracterizada a infração 2.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **157064.0056/06-5**, lavrado contra **CSM – CENTRAL DE SERVIÇOS E MATERIAIS ÓTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$645,51**, prevista na alínea “h” do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR