

A. I. N°. - 110427.0003/07-4
AUTUADO - COMONTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 23. 12. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0437-01/08

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. A exclusão apenas das notas fiscais que guardavam correspondência de valor e data com os boletos, assim como a aplicação da proporcionalidade do valor exigido às saídas concernentes a mercadorias normalmente tributadas, reduziu o montante do débito. Infração parcialmente 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 de multa sobre o valor das operações, 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, com adequação da multa para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Não acolhidas as alegações de nulidade e indeferido o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/05/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 12.688,61 e aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 6.174,27, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS decorrente da 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 àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos

referidos cartões, nos meses de novembro e dezembro de 2006 e de janeiro a março de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 12.688,61, acrescido da multa de 70%, conforme demonstrativos constantes nos Anexos I, II, III e IV;

02 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que estava obrigado, nos meses de novembro e dezembro de 2006 e de janeiro a março de 2007, sendo aplicada a multa 5% sobre o valor das operações, que resultou no valor de R\$ 6.174,27. Consta que o contribuinte emitiu unicamente notas fiscais e notas fiscais de venda a consumidor durante o período fiscalizado, conforme demonstrativos constantes dos Anexos I e VI.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 62 a 64, alegando que em relação à infração 01 o autuante se limitara a informar os valores fornecidos pelas instituições financeiras, sem verificar a contabilização desses valores em seu estabelecimento, presumindo ter ocorrido omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Argui que em se tratando de contribuinte optante pelo regime do SimBahia, a legislação somente determina que a apuração do imposto seja feita com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis aos contribuintes inscritos no regime normal, se for constatada a prática de infração capaz de ensejar o seu cancelamento de ofício, o que não ocorreu.

Argumenta que de acordo com o art. 156, inciso I do CTN (Código Tributário Nacional) extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito, ficando também extinto o processo administrativo fiscal, em conformidade com o disposto no inciso I do art. 122 do RPAF/99, considerando que foi efetivada a emissão de notas fiscais e de notas fiscais de venda a consumidor para acompanhamento das mercadorias.

Tratando da infração 02, assevera que a exigência fiscal é insubstancial, tendo ocorrido apenas um descumprimento de obrigação acessória sem punição prevista em lei e uma vez comprovada a emissão de documentos fiscais idôneos, torna-se inexigível o tributo. Acrescenta que de acordo com a Súmula nº 01 deste Conselho de Fazenda Estadual é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para apuração do tributo, desde quando o ato que a motivou padece de vício insanável e infringe os princípios que regem o processo administrativo fiscal, dentre os quais aquele que trata da obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, ficando des caracterizada a infração.

Concluindo, o autuado destaca que tendo havido insegurança na determinação da base de cálculo e inobservância do devido processo legal, além de inexistirem os elementos necessários para se determinar, com segurança, a infração arguida, torna-se impossível dar continuidade à lide, motivo pelo qual pede que o Auto de Infração seja considerado nulo, por estar desprovido de legalidade e de amparo jurídico e que, no mérito, seja declarado improcedente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 66 a 68, contestando as alegações defensivas concernentes à infração 01, aduzindo que na condição de varejista, o contribuinte estava obrigado a utilizar o ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) em suas operações, o que permitiria identificar as vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, o que não ocorreu. O autuado emitiu tão somente notas fiscais em suas vendas, apesar de já possuir o referido equipamento, conforme consulta anexada à fl. 08, contrariando a legislação tributária estadual em vigor.

Argumenta que tendo em vista a dificuldade para identificar as operações cujo pagamento ocorreu através de cartão de crédito/débito e considerando as notas fiscais emitidas pelo autuado, a única alternativa encontrada para a apuração dos referidos valores efetuou o levantamento diário do seu movimento comercial, considerando todas as operações de vendas realizadas para pessoas físicas não contribuintes do ICMS, como se o pagamento tivesse sido efetuado através de cartão de crédito/débito, pois somente para essas operações é admitido o pagamento por essa modalidade.

Reconhece que esse método não alcança a totalidade das transações cujo pagamento ocorreu através de cartão, haja vista que nas vendas realizadas para pessoas físicas ocorreram outras modalidades de pagamento, como em cheque, em espécie, através de nota promissória, etc., não se podendo, entretanto, determinar com precisão, os respectivos valores. Assevera ter interpretado da maneira mais benéfica para o contribuinte, para não prejudicá-lo.

Observa que mesmo considerando que todas as vendas diárias para pessoas físicas tenham sido com pagamento através de cartão, ao confrontar os referidos valores com as informações prestadas pelas administradoras, ainda verificou diferenças que indicam a ocorrência de omissão de saídas na maioria dos dias, conforme demonstrativo Anexo II (fls. 50 a 53). Essas operações estão detalhadas nos seguintes demonstrativos: o Anexo I (fls. 54 a 59) aponta as vendas realizadas para pessoas físicas através de notas fiscais e notas fiscais de venda a consumidor; o Anexo II compara as vendas diárias realizadas para pessoas físicas com os totais diários contidos nos Relatórios TEF; os Anexos III e IV (fls. 11 a 49) se referem ao Relatório TEF Diário, que permitem a comparação de seus valores com as vendas diárias realizadas para pessoas físicas. Salienta que foram entregues ao contribuinte cópias de todos os demonstrativos.

Replica que, assim, não tem fundamento a alegação de que não fora verificada a contabilização desses valores. Salienta que além de não ter sido apresentada a contabilidade do estabelecimento, esta ou até mesmo o seu livro Caixa registraria no máximo os valores considerados pela fiscalização, que são aqueles constantes das notas fiscais emitidas. Trata-se, deste modo, de omissões de saídas de forma direta, conforme explicitado no Auto de Infração e não omissões anteriores por pagamentos não registrados, como supôs o deficiente. A infração da maneira como está apresentada, está claramente prevista no § 3º, inciso VI do art. 2º do RICMS/97 e em nenhum momento se reportara à omissão de saídas por pagamentos não registrados.

No que se refere à aplicação da alíquota de 17%, realça que o procedimento está de acordo com o disposto nos artigos 408-L, inciso V e 408-P do RICMS/BA, por se tratar de omissão de saídas ou da realização de operações sem emissão do correspondente documento fiscal, caso em que o contribuinte perde o benefício do tratamento tributário dispensado ao SimBahia, decorrente da prática de infração tipificada no inciso III do art. 915 do RICMS/97. Mantém a autuação.

Ao tratar da infração 02, observa que mesmo possuindo o equipamento ECF, o contribuinte continuou a emitir notas fiscais em todas as suas operações de vendas, de modo a possibilitar omissões, como no caso de pagamentos através de cartões de crédito/débito. Enfatiza que apesar de o autuado alegar que a exigência não subsiste, reconhece o cometimento da irregularidade ao dizer que permanecia o descumprimento de obrigação acessória.

Afirma que a penalidade está prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "h" da Lei nº 7.014/96 e que a autuação encontra-se revestida das formalidades legais, não se verificando, dessa forma, nenhuma das hipóteses de nulidade do Auto de Infração previstas no art. 18 do RPAF/99. Mantém o lançamento fiscal.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente na íntegra.

Considerando que o autuante afirmou que utilizara todas as notas fiscais emitidas no período fiscalizado, para deduzir das vendas realizadas através de cartões de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões e instituições financeiras; considerando que o crédito tributário é indisponível e que o procedimento adotado poderia ser prejudicial ao sujeito ativo, desde quando não existe certeza de que todos os documentos consignados pelo autuante se referiram, efetivamente, a vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, na assentada do julgamento esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ Itabuna (fl. 72), para que o autuante adotasse as seguintes providências:

1 - deduzisse do relatório TEF por operações apenas as notas fiscais que coincidissem em valores e datas com os boletos correspondentes às respectivas vendas realizadas através de cartão de crédito/débito;

2 – com base nos novos dados, elaborasse planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, assim como novo demonstrativo de débito.

Em seguida, a repartição fazendária deveria entregar ao autuado cópia reprográfica do termo de diligência e dos elementos anexados pelo diligente, quando deveria ser informado ao contribuinte quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Conforme se verifica às fls. 75 e 77, o autuante informa que em atendimento ao pedido de diligência, à vista da documentação fiscal do contribuinte, elaborou nova planilha comparativa, quando considerou de forma individual apenas as notas fiscais cujos valores coincidiram em data e valor com as operações realizadas através de cartões de crédito/débito, conforme consta no demonstrativo Anexo I (fls. 78 a 116). Com base nos novos valores apurados, elaborou outro demonstrativo de débito, conforme consta no Anexo II (fl. 117).

Sendo cientificado (fl. 118) quanto ao resultado da diligência, quando recebeu cópias dos novos documentos juntados aos autos, o contribuinte se manifestou às fls. 121/122, argüindo que na peça defensiva foram trazidos elementos que elidem totalmente o lançamento, comprovando a improcedência da presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Alega que tendo em vista que a ação fiscal se desenvolveu em seu estabelecimento, deveriam ter sido observadas as rotinas administrativas pertinentes. Salienta que os demonstrativos juntados ao processo no atendimento à diligência são incompatíveis com a natureza da infração imputada, já que não existem provas referentes à entrega ao impugnante dos documentos não registrados.

Acrescenta que não há elementos nos autos que determinem, com segurança, a infração que lhe é imputada, no que concerne a todas as mercadorias serem “tributáveis”, não contemplando as quantidades de mercadorias com ICMS antecipado e produtos isentos, além de não terem sido identificadas as espécies de mercadorias. Assevera que não tendo o autuante se desincumbido do ônus de provar a ocorrência de eventuais equívocos no lançamento, é incensurável a decisão que julgue a autuação improcedente, tendo em vista a falta de certeza e liquidez do lançamento.

O autuado afiança que restando caracterizado que a exigência do imposto se baseou na utilização de pressupostos equivocados, o procedimento fiscal é nulo por não conter, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo.

Argumenta que tendo em vista que os novos elementos trazidos aos autos revelam-se insuficientes para comprovar a efetiva prática da infração concernente à venda de mercadorias a consumidor final sem emissão do documento fiscal correspondente, o Auto de Infração deve ser declarado nulo, por estar desprovido de legalidade e sem amparo jurídico e, no mérito, improcedente.

Considerando que ao se manifestar a respeito do resultado da diligência anterior, o sujeito passivo alegou que não foram consideradas no levantamento concernente à infração 01 as operações de saídas correspondentes às mercadorias com ICMS antecipado e relativas a produtos isentos desse tributo; considerando que o contribuinte argüiu a nulidade da autuação, por falta de clareza na demonstração da base de cálculo e tendo em vista que ao realizar a diligência, o autuante não elaborou a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito: esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ Itabuna (fl. 126), para que o autuante adotasse as seguintes providências:

01 – com base na documentação fiscal acostada aos autos, bem como nos livros e documentos fiscais a serem apresentados pelo contribuinte, elaborasse demonstrativo relativo a cada período autuado, indicando os valores e percentuais correspondentes às saídas de mercadorias, em relação às mercadorias tributadas, às isentas e àquelas enquadradas na substituição tributária;

02 – com base na proporcionalidade referente às mercadorias tributadas normalmente, elaborasse planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, assim como novo demonstrativo de débito.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas do termo de diligência e dos elementos anexados pelo diligente, quando deveria ser informado ao contribuinte quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Ao atender ao pedido de diligência, o autuante informou às fls. 129/130 ter elaborado demonstrativo indicando os valores e percentuais correspondentes às saídas tributadas pelo regime normal e às tributadas por antecipação, em relação ao total das vendas de cada período, conforme Anexo I (fl. 131); com base nesse demonstrativo, elaborou planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito (Anexo II – fl. 132), considerando a proporcionalidade entre as vendas com tributação normal de ICMS e as sujeitas à substituição tributária.

Registra que de acordo com os livros e documentos fiscais apresentados, não ocorreram entradas nem saídas de mercadorias amparadas por isenção do ICMS, mesmo porque no ramo de atividade do contribuinte (comércio varejista de materiais de construção) é remota a possibilidade de haver operações com mercadorias isentas.

Ao ser cientificado (fl. 135) sobre o resultado da diligência, quando recebeu cópias dos novos elementos juntados ao processo, o sujeito passivo se manifestou às fls. 137/138, alegando que embora nesses casos seja de bom alvitre que o lançamento seja desdobrado em dois itens, tendo em vista que têm características e pressupostos distintos, isso desmerece o procedimento fiscal.

Reprisa as alegações atinentes ao pleito pela nulidade do Auto de Infração, acrescentando ter ocorrido ilegitimidade passiva, por indicação errônea do sujeito passivo.

Argumenta que através do art. 2º, o RPAF/99 recomenda que se aplique ao processo administrativo fiscal determinados princípios jurídicos, sem prejuízo de outros princípios de direito, a exemplo daquele relativo à proporcionalidade, que se refere à quantificação da pena em função da gravidade da falta e da situação do infrator. Como esse princípio reflete no § 7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, o órgão julgador pode reduzir a multa, no caso de ausência de dolo, fraude ou simulação e desde que o fato em questão não tenha implicado na falta de recolhimento do imposto, embora o enquadramento legal não corresponda à figura de responsabilidade supletiva (art. 125, § 1º do RICMS/BA), equivocadamente mencionada na descrição do fato.

Afirma que a inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração inviabiliza o saneamento da autuação, haja vista que a ação fiscal foi realizada de forma inadequada, resultando em incertezas, cuja elucidação implicaria na nulidade de pleno direito do Auto de Infração e em sua improcedência.

Ao se pronunciar a respeito da manifestação do contribuinte, o autuante observou à fl. 141 que não se verifica no Auto de Infração qualquer das situações previstas no artigo 18 do RPAF/99, o que afasta qualquer possibilidade de nulidade da autuação, tendo em vista que o processo atende todas as formalidades previstas na legislação em vigor.

Salienta que o princípio da proporcionalidade foi integralmente atendido na diligência realizada, conforme se pode verificar nos demonstrativos elaborados, razão pela qual mantém os termos da informação fiscal anterior.

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 a cupons fiscais, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal.

Constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 39 do RPAF/99, assim como não existe nenhuma das ocorrências apontadas no art. 18, inciso IV desse mesmo diploma legal que impliquem na nulidade do lançamento. Ademais, foram entregues ao sujeito passivo todos os papéis de trabalho que originaram a autuação, tendo sido descritas com clareza as infrações, que estão fundamentadas em demonstrativos 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, tendo sido determinado, com segurança, a infração e o infrator.

Assim, não vislumbro a ocorrência de cerceamento ao direito da ampla defesa, nem ofensa ao princípio do contraditório, que restam afastados, assim como a alegação de descumprimento do devido processo legal e de indicação equivocada do sujeito passivo, tornando descaracterizada a argüição de nulidade. Além disso, o autuado apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal. Acrescento que considerando a alegação do contribuinte de que comercializava, também, mercadorias elencadas no regime da substituição tributária e isentas do ICMS, a 1ª JJF determinou que fosse efetuada revisão dos cálculos relativos à infração 01, com a aplicação da proporcionalidade concernente às mercadorias normalmente tributadas, o que afasta a afirmação defensiva de que não fora atendido o princípio da proporcionalidade.

No que diz respeito aos percentuais das multas, esclareço que foram corretamente aplicados ao presente caso, estando previstas no art. 42 da Lei nº. 7.014/96. Quanto ao pedido de sua redução, considerando que as infrações ficaram devidamente caracterizadas e por ter ficado evidenciado que o cometimento das irregularidades implicou na falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no § 7º do artigo e Lei acima citados.

No mérito, verifico que na infração 01 o autuante atribuiu ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, tendo em vista que foi apurado que nas vendas realizadas para não contribuintes do ICMS o autuado somente emitia notas fiscais, deixando de emitir os cupons fiscais a que estava obrigado.

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, que transcrevo abaixo, 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.

"Art. 824-B. 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 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 transcrito 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 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.

§ 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 do inciso II e § 1º do artigo 238 acima transcrito, 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 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o

número seqüencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Tendo em vista que a juntada da 1^a via constitui-se numa imposição, isto significa que a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida a determinação regulamentar referida, havendo, nesse caso, a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quanto ao 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 reportadas, elidiria a acusação fiscal com a comprovação através da 1^a via do cupom fiscal anexada à via fixa da Nota Fiscal correspondente. Acrescento que os elementos trazidos ao processo pelo impugnante não servem para descharacterizar totalmente a imposição tributária, considerando que nem todas as notas fiscais emitidas guardam correlação em termos de valores e datas com os dados contidos no Relatório TEF por operação.

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 assistir razão ao autuado, pois a apuração do imposto no caso da lide está correta, por terem 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.

Ressalto que a princípio o autuante manteve a autuação integralmente, alegando que todas as vendas do estabelecimento usuário de ECF devem ser registradas nesse equipamento e que efetuara o levantamento valendo-se dos dados fornecidos pelo próprio autuado, comparando-os com as informações TEF prestadas pelas administradoras de cartões, resultando no débito exigido no Auto de Infração. Entretanto, em atendimento a duas diligências recomendadas pela 1^a JJF, reviu o lançamento, realizando os ajustes pertinentes, deduzindo das diferenças apuradas apenas as notas fiscais que guardavam correspondência de valor e de data com os respectivos boletos e, posteriormente, estabelecendo a proporcionalidade das vendas relativas a mercadorias tributadas normalmente nas saídas.

Assim, considerando a ausência de provas hábeis capazes para elidir integralmente a acusação, a infração 01 é parcialmente subsistente, no valor de R\$ 11.392,69, conforme tabela abaixo:

Ocorrência	Valor julgado
11/2006	2.479,88
12/2006	2.577,51
01/2007	2.524,94
02/2007	1.114,51
03/2007	2.695,85
TOTAL	11.392,69

No tocante à infração 02, a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238, os quais já transcrevi. 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 encontrar impedido de emitir o cupom fiscal, o quer não ficou evidenciado nos autos.

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.

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.

Saliento, entretanto, que a multa específica para esta infração, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº. 7.014/96, que consistia em 5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF, foi alterada para 2% através da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007. Assim, a infração 02 está devidamente caracterizada, cabendo a adequação da multa, que passou para 2%, de modo que o valor da multa a ser exigido fica alterado para R\$ 2.469,72, conforme demonstro em seguida:

Ocorrência	Base de Cálculo	Multa %	Valor devido
11/2006	47.063,63	2	941,27
12/2006	18.997,26	2	379,95
01/2007	17.632,01	2	352,64
02/2007	10.708,37	2	214,17
03/2007	29.084,59	2	581,69
TOTAL			2.469,72

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0003/07-4**, lavrado contra **COMONTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.392,69**, 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 por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.469,72**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do artigo e Lei acima citados, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR