

A. I. N.º: - 232948.0304/08-2
AUTUADO - AILTON DA SILVA FONSECA
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02. 04. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0052-01/09

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 constatação de equívocos no cálculo dos valores devidos resulta na redução do montante exigível. Infração parcialmente caracterizada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não impugnada, sendo considerada subsistente, com adequação da multa para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº. 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, foi constituído o crédito tributário, representando ICMS no valor de R\$27.604,86 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.376,43, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

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 dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o pagamento do imposto no valor de R\$27.604,86, acrescido da multa de 70%;

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 dezembro de 2006 e dezembro de 2007, sendo aplicada a multa de 5% sobre o valor das operações, que resultou no montante de R\$2.376,43.

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 232/233, quando contestou os dados concernentes à infração 01, alegando que somente adquirira o equipamento ECF Bematech MP 20 FI II 4708 em 06/06/2006, assim como a CPU e o leitor infravermelho em 22/06/2006, conforme cópias reprográficas das Notas Fiscais de nº.s 302 e 1.906 (fls. 236 e 238), os quais foram liberados para uso, porém em razão das dificuldades de manuseio, sua real utilização somente teve início em dezembro daquele exercício. Assim, entende que não poderia ser autuado em relação ao período anterior a junho de 2006.

Ressalta que a fórmula de cálculo verificada nas tabelas de apuração mensal atinentes aos dois exercícios está incorreta a partir da coluna K, tendo em vista que o cálculo do ICMS somente está correto em relação ao mês de janeiro (linha 15), enquanto que a partir de fevereiro (linha 16) o cálculo foi feito sobre a coluna I (Difer base Calc) , quando deveria ter sido realizado sobre a coluna J (Diferença c/ Abat. Prop.). Assim, entende que o valor correto em relação ao exercício de 2006 é de R\$2.770,37 e no caso do exercício de 2007 é de R\$5.272,62, conforme tabelas anexadas às fls. 234/235.

Deixa de apresentar defesa em referência à infração 02, por concordar que deixara de emitir os cupons fiscais e tendo em vista que a imputação está devidamente caracterizada.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 248/249, ressaltando que em relação à infração 01 o contribuinte tem razão quando alega que o equipamento passou para sua propriedade em 06/06/2006, esclarece, entretanto, que no período de janeiro até essa data ele fora autuado em virtude de ter emitido poucas notas fiscais em relação às vendas realizadas, uma vez que não dispunha do ECF. Quanto ao restante do período autuado, tendo em vista que o impugnante já possuía o equipamento, a exigência decorreu da pouca emissão de cupons fiscais.

Acata a alegação defensiva concernente à existência de erro na fórmula de cálculos. Assim, após a correção correspondente, apresenta novos demonstrativos (fls. 250/251), indicando os valores corretos do débito no importe de R\$10.918,52, sendo R\$5.645,90 relativo ao exercício de 2006 e R\$5.272,62 ao exercício de 2007.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

VOTO

Verifico que na infração 01 o autuante atribuiu 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 através de cartão de crédito ou de débito, tendo em vista que foi constatado que em relação a tais operações a emissão de cupons fiscais e de notas fiscais de venda a consumidor ocorreu em valor inferior ao valor total fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito.

Assim, considerando o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 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”.

Por outro lado, 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. Por esta razão, não assiste razão ao contribuinte ao argumentar que não cabia a autuação no período de 1º de janeiro a 06 de junho de 2006, sob a alegação de ainda não dispunha do equipamento 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.

Concluo da leitura dos mencionados dispositivos que nessa situação o contribuinte usuário de ECF, 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 sequencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Como esse procedimento se refere a uma imposição, a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida essa determinação regulamentar, havendo, nesse caso, a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quando fiscalizado quanto ao erário estadual.

Observo que tendo em vista que o contribuinte estava cadastrado no Regime do SimBahia, na apuração do imposto foram seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, tendo sido 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.

Observo que o autuante, de forma acertada, acatou o pleito do contribuinte no sentido de corrigir os valores dos débitos atinentes a essa infração, haja vista ter ficado comprovado o equívoco que cometera, pois nos períodos compreendidos entre fevereiro e dezembro dos dois exercícios calculara o ICMS sobre o valor total apurado, sem considerar a proporcionalidade correspondente às mercadorias tributáveis. Deste modo, mantenho parcialmente a infração 01, no valor de R\$10.918,52, sendo R\$5.645,90 para o exercício de 2006 e R\$5.272,62 para o exercício de 2007, de acordo com os demonstrativos às fls. 250/251.

Tendo em vista, entretanto, que o crédito tributário é indisponível e que no levantamento fiscal foram consideradas todas as notas fiscais emitidas pelo contribuinte, sem que existissem nos autos os elementos necessários à convicção de que realmente todos os documentos fiscais consideradas pela fiscalização haviam se referido realmente às operações de vendas realizadas com pagamentos efetuados através de cartões de crédito/débito, com base no disposto no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que determine a instauração de procedimento fiscal visando apurar se remanescem créditos tributários a serem exigidos, tendo em vista o aproveitamento total das notas fiscais pelo autuante.

No tocante a infração 02, foi aplicada multa pela emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal. Saliento que 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, motivos que o impeçam 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 sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF. Por esta razão, a aplicação da multa deve incidir em relação a todo o período compreendido pela autuação, não cabendo, dessa forma, a exclusão relativa aos meses nos quais o contribuinte ainda não dispunha do mencionado equipamento.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, que emitiu notas fiscais quando deveria ter-se utilizado do equipamento ECF. 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, entendo que a infração 02 está devidamente caracterizada, cabendo a adequação da multa, que passou para 2%, de modo que o valor da multa imputada fica alterado para R\$963,29, conforme demonstrativo que segue abaixo. Considerando que a apuração foi mensal, distribuo os valores em conformidade com os períodos nos quais a irregularidade foi constatada.

OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	MULTA (%)	VALOR JULGADO
31/01/2006	563,85	2%	11,78
30/06/2006	5.811,45	2%	116,23
31/07/2006	6.075,65	2%	121,51
31/08/2006	1.388,01	2%	27,76
30/09/2006	1.416,58	2%	28,33
31/10/2006	1.676,56	2%	33,53
30/11/2006	1.677,63	2%	33,55
31/01/2007	563,85	2%	11,78
31/04/2007	2.350,25	2%	47,00
31/05/2007	2.897,26	2%	57,94
31/06/2007	2.679,25	2%	53,58
31/07/2007	2.996,70	2%	59,93
31/08/2007	2.962,73	2%	59,25
31/08/2007	2.849,49	2%	56,99
31/10/2007	3.615,49	2%	72,31
31/11/2007	3.884,81	2%	77,70
31/12/2007	4.705,88	2%	94,12
TOTAL			963,29

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. **232948.0304/08-2**, lavrado contra **AILTON DA SILVA FONSECA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.918,52**, 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\$963,29**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h” do mesmo artigo e Lei, com a redação dada pela Lei nº. 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº. 9.837/05. Representa-se à autoridade competente para que determine a realização de uma apuração visando verificar se existem valores remanescentes a serem exigidos no que concerne à infração 01, a teor do art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR