

PROCESSO - A I Nº 022211.0020/07-7
RECORRENTE - OSCAR DIAS BARRETO (MERCADINHO OLIVEIRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0003-02/09
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0412-12/11

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. Após revisão do lançamento, houve a diminuição do imposto exigido. 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 resultava 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. Aplicado o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, reduzindo o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 22/11/2007, exige ICMS no valor de R\$10.478,20 e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor R\$958,56 pelas seguintes irregularidades:

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 de cartão de crédito.
2. Multa por descumprimento de obrigação acessória tendo em vista a acusação de ter sido emitido outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A JJF prolatou a seguinte Decisão:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 duas infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado a 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 administrativa de cartão de crédito.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, in verbis:

“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.”

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Em relação ao argumento de que houve erro no registro do meio de pagamento, entendo que cabe ao autuado comprovar que realizou vendas com cartão de créditos/Débitos e que esses pagamentos foram registrados por seus funcionários com se fossem em dinheiro, pois a obrigação de treinar os funcionários é do empresário e não do governo, devendo o contribuinte treinar seus funcionários para essa situação, ademais, se a própria defesa se negar a realizar esta prova, mesmo tendo recebido o relatório TEF-Diário onde são relacionadas operação a operação, inclusive com a reabertura do prazo de defesa em 30 dias, mediante diligência solicitada por essa Junta de Julgamento Fiscal, prevalece a presunção legal de venda de mercadorias tributáveis sem documento fiscal, sendo devido o imposto, prevista no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, acima transcrito.

O argumento defensivo de que 80% a 90% de suas vendas são realizadas mediante cartão de crédito, não é capaz de elidir a acusação, uma vez que o contribuinte autuado não apresentou nenhuma planilha discriminado quais as operações que foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito e que foram registradas como sendo vendas em dinheiro. Caberia ao autuado elaborar essa planilha e acostar cópia dos comprovantes dos cartões de créditos, e os respectivos cupons fiscais relativas às operações ali apontadas. Ressalto que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado a emissão de outro documento fiscal em lugar do uso de Equipamento de Controle Fiscal nas situações em que está obrigado, sendo aplicada a multa de 5% sobre as operações.

O autuado diz reconhecer a infração, porém argumenta jamais deixou de cumprir com suas obrigações no que tange ao pagamento do imposto e que a não utilização do ECF foi em decorrência de falta de energia elétrica e por problemas operacionais, sem apresentar nenhuma prova das ocorrências. Ressalto mais uma vez que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Observo que a infração encontra-se embasada nas planilhas, onde o autuante especifica as datas, números e valores das notas fiscais emitidas no lugar dos cupons fiscais.

Ressalto que o Art. 824-E, do RICMS/97, estabelece que a impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point Of Sale (POS), ou qualquer outro, que possua Recursos que possibilitem ao contribuinte a não emissão do comprovante.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, o mesmo não pode ser acatado, pois o art.158, do RPAF/99, trata das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Devo salientar que a infração 01 é decorrente da falta de recolhimento do ICMS. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Entretanto, entendo que deva ser aplicado o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, reduzindo o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna.

Logo, a infração 02, com a redução do percentual da multa para 2%, fica reduzida para R\$383,45, conforme abaixo:

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de 1º Grau, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 207/213) entendendo que a Decisão proferida merece ser reformada quer seja em sua fundamentação técnico-jurídica, por contrariar provas acostadas ao PAF, pelo posicionamento jurisprudencial já sedimentado por esse CONSEF, ou mesmo por convalidar autêntica bitributação.

Dizendo invocar toda a fundamentação expressa na sua inicial, passa a contestar a infração 1 salientando que a Decisão proferida se constituiu afronta ao direito, ferindo os ditames processuais e contrariando ou desprezando provas legítimas acostadas aos autos. Diz que existe dubiedade na fundamentação expressa no voto, já que o demonstrativo de fl. 9 dos autos (base da Decisão) e elaborado pelo autuante é, apenas, uma constatação de omissão de procedimento de natureza formal, consubstanciado na regra insculpida no art. 238, § 7º, do RICMS/BA, conforme transcreve. Diz que esta fundamentação não é suficiente para justificar a procedência do lançamento fiscal, haja vista que a regra acima indicada, por ter cunho de uma obrigação acessória, não tem o condão de ser transformada em obrigação principal. Ademais, disponibilizou ao fisco seus livros e documentos fiscais, diante do quanto previsto no art. 824-W da norma Regulamentar.

Salienta que como já havia informado desde a sua defesa inicial, não houve anotação nas notas fiscais da forma de venda por inexperiência do pessoal responsável pelos recebimentos, o que, em hipótese alguma significa omissão de valores sujeitos à tributação. Assim, se todas as vendas foram efetuadas e registradas, a irregularidade seria de natureza formal, caracterizada pelo fato de não haver feito as devidas vinculações entre os cupons fiscais que deveriam ter sido emitidos à época e os cartões que acobertaram os pagamentos de tais operações e não de omissão de saídas inexistente, pois todas registradas nos seus livros fiscais, bem como, “saldo sem registro de vendas na leitura “Z” do autuado” como enfatizou a JJF.

Demonstra seu entendimento de que a presunção refere-se à diferença entre o *quantum* informado pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e os valores lançados.

Solicita a realização de diligência objetivando elidir a acusação, já que ela admite prova em contrário. Salienta que tal diligência deve ser realizada levando em consideração os custos das mercadorias vendidas os comparando com a sua margem de lucro dos exercícios anteriores. Afora que como a presunção é meramente relativa e os fatos foram contestados mediante elementos de prova acostados ao PAF, requer a realização de diligência para constatação do quanto alegado e na forma descrita ao contido no tópico seguinte.

Transcreve o Acórdão JJF nº 1286/00, que trata da falta de documentos fiscais, para demonstrar que este Colegiado, no caso, aplicou multa de caráter acessória.

Diz que se for acatada a existência da suposta “omissão de saídas”, os valores de suas vendas duplicariam, elevando a sua margem de lucro ao patamar de mais de 200%, “verdadeiro ilusionismo para a atividade comercial por ela desenvolvida”, já que, diante do seu balanço patrimonial, que anexa cópia, esta margem de lucro foi de 75%, compatível com a margem para a atividade de mercearia. Em assim sendo, reitera seu pedido de diligência na forma formulada.

Com fulcro no art. 106, do CTN (transcrito) requer a aplicação das determinações da Instrução Normativa nº 56/2007.

Por fim em relação à infração, requer que a diligência, de igual forma, seja realizada para “certificação dos valores ora comprovados e os valores a comprovar”.

No que diz respeito à infração 2, confessa que por motivos “prementes” emitiu notas fiscais ou invés de emitir cupons fiscais, porém sem jamais deixar de cumprir com suas obrigações no que tange ao pagamento do imposto. Salienta que, sendo a nota fiscal documento hábil a amparar as operações de saídas de mercadorias, recolheu o imposto, não implicando tal ato em qualquer prática de dolo, fraude ou simulação. Traz a baila as determinações do art. 238, § 2º, do RICMS/BA para afirmar *que tal exigência, por não estar vinculada ao pagamento do tributo é daquelas obrigações às quais se denomina, impropriamente de obrigações acessórias, quando, na verdade, não passam de uma exigência formal de controle, longe de ser tributária, ser de natureza administrativa*, e que podem ser, a critério do Órgão Julgador, dispensadas, como prevê, inclusive, o § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 (transcrito).

Nesta linha de raciocínio, diz ter sido “infeliz” o Órgão Julgador ao denegar o seu pedido de exclusão da multa aplicada, pois em qualquer momento agiu com dolo, fraude ou simulação, já que a troca de um documento por outro, desde que ambos autorizados pela Administração Fazendária, não implica em qualquer infração à legislação tributária. Observando de que a própria JJF afirmar que a infração é da emissão de uma nota fiscal ao invés de um cupom fiscal, entende absurdo se “enxergar” neste fato uma atitude delituosa. E, ainda, acaso estivesse caracterizada qualquer ação com dolo, fraude ou simulação, a multa aplicável seria bem mais grave do que a imposta de 2%. E, como anteriormente dito, tal prática não importou em descumprimento de obrigação principal.

Voltando a externar seus anteriores argumentos, protesta pela posterior juntada de outros elementos de provas quando da realização da diligência, a improcedência da infração 1 e o cancelamento e/ou redução da infração 2.

No seu opinativo (fls. 224/225) a PGE/PROFIS, após indicar as infrações ao recorrente imputadas e as suas argumentações, assim se posiciona:

Da análise dos autos, entendo que não assiste ao Recorrente, uma vez que o comparativo entre os totais das vendas por cartões de crédito constantes da escrita do contribuinte em relação ao total informado elas administradoras de cartões de crédito revela inconsistências. Em havendo diferença, aplica-se a presunção legal prevista no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96.

O imposto não está sendo exigido por descumprimento de obrigação acessória de informação do meio de pagamento, mas sim pela referida diferença entre os valores de vendas por cartões de crédito. Se o contribuinte descumpre a obrigação acessória de discriminá-la forma de pagamento, cabe a ele, por outros meios, produzir a prova de que pagamentos lançados como em dinheiro, por exemplo, se referem a vendas por cartões de crédito.

O fato é que não pode o contribuinte descumprir as regras acessórias e depois argüir impossibilidade de comprovação das vendas por cartões.

Quanto a proporcionalidade, vejo que o contribuinte não trouxe, nem por amostragem, provas de que comercializa com mercadorias isentas, substituídas ou antecipadas, razão pela qual, entendo não merecer acolhimento ao seu pedido de diligencia.

Como bem indicado pelo Recorrente, a IN 56/07 prevê o cálculo da presunção de forma proporcional, diante das comprovações de saídas não tributadas.

Em relação à multa, vejo que não foram trazidas provas, nem mesmo argumentos, para a substituição do cupom fiscal pela nota fiscal D-1, pelo que não vejo a possibilidade de apreciação do pedido de redução/cancelamento ao apelo da equidade.

Diante disso, opino pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

Em pauta suplementar, da sessão de 15/09/2009, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, após exame das peças que constituem o processo e na busca da verdade material, decidiu encaminhar o presente Auto de Infração em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito apurasse, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, qual é o percentual das mercadorias tributadas em relação às operações comerciais realizadas pelo recorrente (fl. 228).

Em Parecer (Parecer ASTEC nº 140/2010), fiscal estranho ao feito informou que intimou a empresa (fl. 233) e os trabalhos foram realizados na empresa de contabilidade CODISPLAN, na presença do contador, senhor Aislan Santos, e tomou por base dos trabalhos, a planilha elaborada pelo atuante (fl.19), notas fiscais e Livro Registro de Entradas apresentados pelo recorrente. Nesta análise, constatou que a empresa atua no ramo de mercadinho, comercializando gêneros alimentícios e assemelhados, alem de diversos artigos que, em sua maioria, são beneficiados pela isenção ou encontram-se enquadrados no regime de Substituição Tributária, como, legumes, frutas, verduras, sandálias, pilhas, fraldas descartáveis, absorventes, peixes e aves frescos etc, conforme cópias de notas de entradas que foram anexadas, por amostragem (fls. 239/250). Assim, com base nas notas fiscais de aquisições apresentadas pelo autuado e demonstrativo de fls. 234/238, cumprindo o solicitado, aplicou o índice de proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, conforme planilha demonstrativa de fls. 251/252.

Após tudo exposto, o ICMS exigido na infração 1, originalmente, no valor de R\$10.478,20, passou para R\$5.438,33, conforme demonstrativo de débito à fl.253.

O recorrente e autuante foram cientificados do resultado da diligência realizada, porém não houve manifestação (fls. 255/257). Em nova manifestação (fls. 261/262), a PGE/PROFIS acolhe o Parecer técnico apresentado pela ASTEC/CONSEF e repisa que a matéria em debate não possui indagação jurídica, mas, tão-somente, a aplicação da proporcionalidade na mensuração da presunção de omissão de saídas, conforme já pacificado por este Colegiado.

Opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário. Envia os autos à procuradora assistente da PGE/PROFIS.

Em Despacho (fl. 263), a procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA concluiu pelo provimento parcial do Recurso interposto, acompanhando o Parecer exarado pelo procurador Dr. José Augusto Martins Junior.

VOTO

A infração motivadora do Recurso Voluntário apresentado trata da exigência do ICMS, pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte, em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Além deste procedimento, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, pela emissão de outro documento fiscal em lugar daquele do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado o contribuinte.

Preliminarmente atendo-me ao inconformismo do recorrente em relação à Decisão de 1º Grau, a entendendo que merece ser reformada, pois contraria a fundamentação técnico-jurídica, as provas acostadas ao PAF, pelo posicionamento jurisprudencial já sedimentado por esse CONSEF, ou mesmo por convalidar autêntica bitributação.

Ao analisar a Decisão prolatada, denota-se claramente que ela obedeceu rigorosamente a legislação tributária deste Estado, não havendo nela qualquer bitributação, nem afronta às decisões sedimentadas deste Colegiado. E, em relação à infração 1, a JJF não apresentou nenhuma dubiedade em sua Decisão, nem, tampouco, afrontou o devido processo legal. Afora que as provas existentes, nos autos, foram analisadas pela JJF. Se, aquela Instância declinou o pedido de diligência requerido, ressalto de que esta é Decisão que depende exclusivamente dos

jugadores. Se eles entendem não ser necessária para a sua convicção a solicitação de uma diligência, estão se pautando nas determinações contidas no art. 147, do RPAF/BA.

No mais, toda a argumentação inicial da empresa foi devolvida a esta 2º Instância. Em assim sendo, passo a apreciá-las.

Ressalto, primeiramente, que a autuação teve por base as notas fiscais D-1, já que não foram apresentados quaisquer cupons fiscais emitidos quando das vendas realizadas pelo recorrente, fl. 45 dos autos. O autuante comparou (dia e valor) as notas fiscais D-1 com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

A Lei Complementar nº 87/96, emanada da Constituição Federal, entrega à competência para instituir o ICMS aos Estados e Distrito Federal. Norteia tal competência com regras gerais que todos os Estados devem, por obrigação, seguir. Não desce a todos os detalhes, que somente uma lei ordinária deve dispor. Em assim sendo, a Lei Estadual nº 7.014/97, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia dispunha, quando da ocorrência dos fatos geradores da presente ação fiscal, no seu art. 4º, § 4º que *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* (grifo), autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, *ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção* (grifo). Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de documento fiscal quando das vendas pelo contribuinte de mercadorias tributáveis. E esta é uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Diante das considerações acima exposta, a Decisão de 1º Grau em qualquer momento, e mais, uma vê, afrontou os ditames processuais ou mesmo contrariou ou desprezou provas acostadas aos autos, ao contrário, obedeceu a lei.

Quanto ao fato de que o demonstrativo elaborado pelo autuante apenas constatou erro de procedimento de cunho formal, é entendimento do recorrente. Ele aponta divergências entre as vendas efetuadas pela empresa e aquelas apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, não podendo, neste caso, se aventar os ditames do art. 238, § 7º, ou seja, *deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação*. A matéria em discussão trata de uma obrigação principal e não de uma obrigação acessória, não havendo qualquer dubiedade na fundamentação expressa no voto. No mais, as determinações do art. 824-W, do RICMS/BA não se referem à entrega ao fisco dos livros e documentos fiscais da empresa e sim da obrigatoriedade das administradoras de cartão de crédito e/ou débito *de informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares*.

E, nesta linha, se por inexperiência seus funcionários não vincularam os cupons fiscais e/ou notas fiscais emitidas com os boletos dos cartões de crédito e/ou débito está não é uma responsabilidade da Secretaria da Fazenda. Assim, tal argumento não tem o condão de descharacterizar a infração.

O recorrente entende ainda de que a presunção refere-se à diferença entre o *quantum* informado pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e os “valores lançados”. Neste sentido, solicita a realização de diligência levando em consideração os custos das mercadorias vendidas os comparando com a sua margem de lucro dos exercícios anteriores, além da aplicação das determinações contidas na Instrução Normativa nº 56/2007.

Cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, ou seja, as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento dentre as inúmeras existentes. A norma legal a escolheu para apurar a presunção de omissões de saídas tributáveis sem recolhimento do imposto. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais, (com incidência da hipótese

do ICMS), realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito e não todos os “valores lançados” pela empresa, irrelevante, portanto, se o total das vendas declaradas pelo contribuinte é superior às vendas informadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito. Inclusive, observo que elas devem ser maiores, pois nelas incluídas todas as formas de pagamento existentes em relação às vendas mensais realizadas.

Nesta esteira de entendimento, a diligência, na forma requerida, (consideração dos custos das mercadorias vendidas os comparando com a sua margem de lucro dos exercícios anteriores), não tem qualquer pertinência para ser atendida, bem como, entender como paradigma a Decisão contida no Acórdão JJF nº 1286/00 que trata, exclusivamente, de multa de caráter acessório.

Entretanto, ao analisar a solicitação do recorrente que fosse observada a proporcionalidade das mercadorias tributáveis, por ele comercializadas, (Instrução Normativa nº 56/2007), e por ele ter a atividade comercial de mercadinho, esta CJF solicitou que fiscal estranho ao feito a analisasse, com base nos livros e documentos fiscais da empresa. Sendo confirmado tal fato, foi feita a adequação necessária, conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 140/2010, passando o imposto ora exigido para R\$5.438,33 - demonstrativo de débito á fl.253.

Diante do exposto, o Recurso Voluntário interposto, e referente a esta infração, deve ser parcialmente acolhido.

Quanto à infração 2, que trata de penalidade por descumprimento de uma obrigação acessória, o contribuinte a confessa, apenas alega que elas foram emitidas por motivos “prementes”. Além do mais, como a nota fiscal é, de igual forma, um documento fiscal que tem a mesma finalidade de um cupom fiscal, não deixou de recolher o tributo, não implicando desta foram em qualquer prática de dolo, fraude ou simulação. Nesta linha, afirma ter sido “infeliz” o Órgão Julgador ao denegar o seu pedido de exclusão da multa aplicada. Solicita, novamente, este cancelamento e/ou redução, pois *tal exigência, por não estar vinculada ao pagamento do tributo é daquelas obrigações às quais se denomina, impropriamente de obrigações acessórias, quando, na verdade, não passam de uma exigência formal de controle, longe de ser tributária, ser de natureza administrativa.*

Se o motivo da emissão de nota fiscal, ao invés de cupom fiscal por motivo “premente”, aqui nada acrescenta. O art. 824-B, do RICMS/BA, 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, nos casos que indica, não estando o contribuinte enquadrado nas exceções indicadas pela norma regulamentar. Sendo obrigado ao uso do ECF, somente nos casos em que a nota fiscal seja solicitada pelo comprador, por sinistro ou razões técnicas (art. 238, II, §§ 1º e 2º e art.329, § 5º do RICMS/BA) é que pode ser emitida nota fiscal de Venda à Consumidor, sendo que o fato deve ser, obrigatoriamente, registrado.

Em assim sendo, aqui não existe qualquer discussão a respeito de ter o cupom fiscal à mesma finalidade de uma nota fiscal. O que este Órgão Julgador deve obedecer é a norma tributária do Estado, como corretamente o fez a JJF.

Isto posto, o art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07 dispõe textualmente:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

h) 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento.

Portanto, tendo penalidade específica, não posso acolher o pedido da aplicação do benefício do seu cancelamento contido no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. No mais, foi ela reduzida diante da previsão contida no art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional – CTN.

Quanto ao fato de que as operações comerciais consignadas nas notas fiscais foram submetidas à tributação, observo que a infração não cuida de cobrança do imposto, e sim, da aplicação de uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Em vista do exposto, a infração está caracterizada, ficando mantido o valor da multa, conforme decidido pela 1ª Instância deste Colegiado.

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto, para exigir o ICMS no valor de R\$5.438,33, conforme demonstrativo de débito à fl. 253 (infração 1), mais a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$383,45, conforme indicado no voto do Acórdão JJF N° 0003-02/09 às fl. 190/191 dos autos (infração 2). O débito remanescente ficará, conforme o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Inf.	Data Ocorrência	Data Vencimento	Alíq. %	Valor Histórico	Valor Julgado-JJF	Valor Julgado-CJF	Multa %
1	1	31/01/2006	31/01/2006	17	2.043,62	2.043,62	910,64	70
2	1	28/02/2006	28/02/2006	17	1.983,02	1.983,02	1.060,72	70
3	1	31/03/2006	31/03/2006	17	750,63	750,63	346,64	70
4	1	30/04/2006	30/04/2006	17	616,23	616,23	287,16	70
5	1	31/05/2006	31/05/2006	17	451,93	451,93	216,66	70
6	1	30/06/2006	30/06/2006	17	661,86	661,86	314,85	70
7	1	31/07/2006	31/07/2006	17	573,04	573,04	221,02	70
8	1	31/08/2006	31/08/2006	17	20,05	20,05	10,43	70
9	1	30/09/2006	30/09/2006	17	739,08	739,08	358,08	70
10	1	31/10/2006	31/10/2006	17	239,73	239,73	112,34	70
11	1	30/11/2006	30/11/2006	17	671,94	671,94	319,17	70
12	1	31/12/2006	31/12/2006	17	1.727,07	1.727,07	1.280,62	70
13	2	31/01/2006	31/01/2006	0	14,76	5,90	5,90	2
14	2	28/02/2006	28/02/2006	0	9,85	3,94	3,94	2
15	2	31/03/2006	31/03/2006	0	15,35	6,14	6,14	2
16	2	30/04/2006	30/04/2006	0	24,06	9,62	9,62	2
17	2	31/05/2006	31/05/2006	0	19,24	7,70	7,70	2
18	2	30/06/2006	30/06/2006	0	3,76	1,51	1,51	2
19	2	31/07/2006	31/07/2006	0	16,39	6,56	6,56	2
20	2	31/08/2006	31/08/2006	0	304,39	121,76	121,76	2
21	2	30/09/2006	30/09/2006	0	67,45	26,98	26,98	2
22	2	31/10/2006	31/10/2006	0	340,20	136,08	136,08	2
23	2	30/11/2006	30/11/2006	0	131,04	52,42	52,42	2
24	2	31/12/2006	31/12/2006	0	12,10	4,84	4,84	2
TOTAL					11.436,80	10.861,65	5.821,78	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 022211.0020/07-7, lavrado contra **OSCAR DIAS BARRETO (MERCADINHO OLIVEIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.438,33** 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\$383,45**, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS