

A. I. N° - 206948.0017/04-0
AUTUADO - EMERSON R. DA SILVA
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 14/07/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0213-03/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. **a)** DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Após retificado o levantamento fiscal, reduziu-se o débito inicialmente apontado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as 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 encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Infração caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/11/04 para exigir o ICMS, no valor de R\$16.646,39, acrescido da multa de 70%, além da multa de R\$2.462,19, em decorrência de:

1. 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (janeiro a dezembro de 2003) – R\$16.646,39;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado – multa de R\$2.462,19.

O autuado apresentou defesa (fls. 58 a 71), suscitando a nulidade do lançamento, em relação à infração 1, porque as planilhas acostadas pelo autuante não contêm uma coluna com as vendas realizadas com notas fiscais e os valores indicados como vendas de cartão “não condizem com a

realidade” e, sendo assim, o lançamento, a seu ver, não possui elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Suscita, ainda, a nulidade da infração 1, por “inexistir previsão legal para se cobrar o ICMS por diferença do modo de pagamento de cartão de crédito e débito comparativamente com os valores informados por Administradoras de Cartão” e “por falta de critério e padronização nas formas de pagamento nos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECF”. Entende que o autuante realizou um arbitramento da base de cálculo do imposto, em desrespeito à legislação, pois não cabia tal procedimento, já que entregou toda a documentação fiscal.

No mérito, quanto à infração 1, alega que entregou ao autuante todas as fitas detalhe e os boletos emitidos pelo sistema POS (cartões de crédito e débito) do período objeto desta autuação, apesar de não serem documentos fiscais, para que ele pudesse identificar os cupons e notas fiscais correspondentes às vendas por meio de cartão de crédito ou débito, considerando que seu ECF sempre registra as vendas como se fossem a dinheiro, porém que o auditor “devolveu todo material que lhe foi entregue informando que não iria fazer a confrontação dos BOLETOS Comprovantes de pagamentos feitos por Cartões de Crédito e Débito com as FITAS-DETALHES, alegando ser impraticável desfazer os rolos das citadas FITAS DETALHES e identificar cada cupom fiscal nela consignado correspondente a cada valor dos BOLETOS dos Cartões e das Notas Fiscais de Venda a Consumidor, e que não teria tempo para isto, e de forma simplória lavrou o Auto de Infração”.

Apresenta, ainda, os seguintes argumentos:

1. existem divergências entre os valores informados pela administradora de cartão de crédito ao seu estabelecimento (R\$79.181,61) e à Secretaria da Fazenda (R\$209.791,64), no exercício de 2003, porém como não mais possui os extratos analíticos e a administradora não os fornece, por se tratar de período anterior a 2004, “mesmo sem concordar com a autuação face as divergências apontadas, é obrigada a reconhecer as diferenças por ela apurada nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro, nos valores de R\$154,09, R\$270,27, R\$610,43, R\$433,24 e R\$1.269,87, respectivamente;
2. que o autuante não elaborou nenhum levantamento somando diariamente os valores dos totalizadores Redução Z e as notas fiscais série D-1, comparando as vendas aos valores informados pelas administradoras de cartões, como manda o inciso VI do § 3º do artigo 2º do RICMS/97;
3. alguns ECF disponibilizam formas de pagamento variadas: dinheiro, cartão de crédito, cheque, ticket, vasilhame, a prazo etc., sendo opcional o uso dos referidos itens, não havendo, também, padronização nos diversos equipamentos;
4. o ICMS não incide sobre forma de pagamento e sim sobre operações relativas à circulação de mercadorias;
5. todas as suas vendas foram realizadas com a emissão de documentos fiscais e o seu equipamento somente registra o modo “dinheiro” como forma de pagamento;
6. conforme demonstrativo anexado, “a soma dos valores das vendas líquidas constantes das Reduções Z – resumo diário de vendas por cupons fiscais e das Notas Fiscais D-1 de venda a consumidor, são SUPERIORES aos valores informados pelas operadoras de cartões de débito e crédito, não se enquadrando assim, para efeito de autuação, no Art. 2º, parágrafo 3º, nem nos art. 50, inciso I do RICMS/97”;
7. fica comprovada a improcedência da presunção inserida no inciso VI do § 3º do artigo 2º do RICMS/97, “haja vista que as vendas realizadas no período de janeiro a junho e

novembro de 2003, como já foi demonstrado, são SUPERIORES aos valores de vendas informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”;

8. diz que a legislação do ICMS inicialmente só admitia a impressão do comprovante de crédito ou débito nas operações de transferência eletrônica de fundos se fosse utilizado o ECF, proibindo o uso de equipamento do tipo *Point of Sale* (POS) e que havia a obrigatoriedade de identificação, no documento fiscal, do meio de pagamento;
9. argumenta que, a partir do Decreto nº 7.636/99, alterado pelos Decretos nºs 7.674/99, 7.831/00, 7.980/01, 8.038/01, 8.088/01, 8.276/02 e 8.787/03, este último revogado pelo Decreto nº 8.802/04, o Estado da Bahia passou a admitir que, em substituição aos dois procedimentos anteriormente citados, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) poderia optar por autorizar as administradoras de cartões de crédito/débito a informar à Secretaria da Fazenda o valor de seu faturamento através de cartões de crédito/débito, “ficando com essa opção livre de transcrever no BOLETO de Cartão de Crédito e Débito o número da Nota Fiscal ou do Cupom Fiscal;
10. como seu estabelecimento autorizou as administradoras de crédito/débito a prestar as informações acima aludidas à SEFAZ, o autuante teve à sua disposição todos os elementos necessários à realização de qualquer levantamento fiscal para constatar que não tem fundamento a autuação.

Transcreve diversas Súmulas e decisões exaradas pelo CONSEF e conclui afirmando que não deixou de recolher o ICMS, como provam as planilhas e documentos que ora está acostando ao PAF.

Relativamente à infração 2, alega que, em respeito à legislação, normalmente só emite o cupom fiscal, mas que, em Camaçari, raros são os dias em que não falta energia e, às vezes, três vezes no mesmo dia. Sendo assim, afirma que, na impossibilidade de emitir os cupons fiscais, registra as operações emitindo notas fiscais de venda a consumidor, as quais são oferecidas à tributação, ou seja, são somadas às vendas líquidas diárias das leituras Z de seu ECF. Observa que as vendas por meio de notas fiscais representam apenas 12% das vendas totais com ECF, prova de que não são regra, mas exceção.

Acrescenta que não registrou as quedas de energia em livro, nem as comunicou à INFAZ de Camaçari, porque: a) está desobrigado do cumprimento de obrigações acessórias por estar enquadrado no SimBahia; b) apesar de ter tentado, não conseguiu obter da COELBA declaração escrita sobre as referidas quedas diárias de energia.

Argumenta que a multa de 5% é impertinente, pois a emissão da nota fiscal de venda a consumidor não causou prejuízo aos cofres estaduais e o fez porque estava impedido de utilizar o ECF, em razão de queda e falta de energia elétrica.

Finalmente, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 101 a 103), quanto à infração 1, esclarece inicialmente que foi realizada auditoria fiscal do tipo “Sumária – Cartão de Crédito”, “cujo objetivo é apurar valores não oferecidos à tributação pelo ICMS, através da diferença entre os valores informados em meios magnéticos pelas administradoras de Cartões de Créditos à Base de Dados da SEFAZ e os valores efetivamente registrados pelo contribuinte em suas vendas no ECF-IF do estabelecimento, valores estes que, se registrados corretamente, ou seja, na forma do § 7º do Art. 238 do RICMS/97-BA, aparecem nas Fitas-Detalhes do ECF-IF por ocasião das Reduções em ‘Z’ diárias”.

Ressalta que todo contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal, independentemente de ser ou não inscrito no SimBahia, deve cumprir o que estabelece o § 7º do

artigo 238 do RICMS/97, isto é, deve indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Quanto à peça defensiva, aduz que somente podem ser aproveitados os elementos documentais, constantes às fls. 90 a 94, em que o autuado comprova que efetuou alguns registros de vendas em cartões de crédito/débito como se fossem vendas a dinheiro, conforme o demonstrativo que elaborou.

Conclui dizendo que, diante das comprovações apresentadas no Anexo V da defesa, o débito deve ser reduzido, de R\$16.646,39 para R\$16.625,42, conforme os novos demonstrativos anexados. Ressalta, entretanto, que, embora tenham sido juntadas aos autos planilhas relativas ao imposto devido no exercício de 2004 (fls. 26 a 33) e tenham sido fornecidas cópias ao contribuinte, por um lapso, o débito de R\$7.527,86 não foi incluído no Auto de Infração, falha que não foi percebida no processo de saneamento. Pelas razões expostas, pede que seja retificado o valor a ser exigido na infração 1, de R\$16.646,39 para R\$24.135,28.

Relativamente à infração 2, afirma que o autuado está inscrito como empresa de pequeno porte (SimBahia) e, por ser usuário de ECF-IF, somente pode emitir notas fiscais de venda a consumidor em decorrência de sinistro, por razões técnicas ou quando solicitado pelo adquirente das mercadorias e que, como não ficaram comprovadas as duas primeiras situações elencadas na legislação, nem tampouco existe algum Cupom Fiscal anexado às vias fixas das Notas Fiscais discriminadas no Auto, nos casos em que os adquirentes solicitam Nota Fiscal, conclui, em princípio, que as 809 (oitocentas e nove) Notas Fiscais D-1 objeto da autuação foram consideradas corretamente.

Acrescenta, em relação às duas primeiras situações, que o contribuinte, até mesmo por precaução, deveria consignar a ocorrência em seu livro Registro de Inventário e o número dos documentos fiscais emitidos sem o uso do ECF-IF.

Quanto às alegações defensivas, diz que não foram devidamente documentadas as quedas de energia, mediante informação por escrito da COELBA, com os dias e intervalos de tempo do ocorrido. Relativamente às oscilações de energia, afirma que, no seu entendimento, não configuram razões técnicas ou sinistros que poderiam permitir ao contribuinte a emissão de nota fiscal série D-1, uma vez que o ECF funciona como periférico do computador, o qual possui estabilizador de voltagem. Observa que nas intervenções técnicas promovidas no equipamento não consta nenhuma ocorrência de danos no disco rígido do computador (fl. 14). Mantém o montante exigido em sua integralidade.

Considerando que o preposto fiscal juntou novos elementos ao PAF, o autuado foi cientificado (fl. 146) e se manifestou (fls. 148 a 152), reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração pelo fato de o preposto fiscal ter aumentado o débito referente à infração 1, “numa mera informação fiscal”, haja vista que não constou originariamente no lançamento. Transcreve os artigos 38 e 39, do RPAF/99 para fundamentar os seus argumentos.

Observa que o autuante deixou de considerar a importância de R\$2.737,90, recolhida no dia 15/12/04 (DAE à fl. 153), uma vez que constatou que “por erro da administradora de Cartão os valores de suas Vendas totais nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2003, foram inferiores aos informados pela administradora de Cartão”. Finalmente, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou nova informação fiscal (fl. 157) aduzindo, quanto à infração 1, que, sem dúvida, o período fiscalizado vai de 01/01/03 a 31/08/04; foram entregues ao autuado os demonstrativos da acusação; houve erro na digitação dos dados referentes ao período de janeiro a agosto de 2004 no sistema de Emissão Automatizada de Auto de Infração (SEAI).

Argumenta que, como o sujeito passivo “deu recibo nos demonstrativos constantes das fls. 16 à 54 retro mencionados, que são parte integrante do referido Auto de Infração, não tem cabimento algum a alegação de surpresa de sua existência, como se deles não tivesse recebido cópias” e, como o lançamento fiscal é composto de diversas peças processuais, se, por um equívoco, deixou de ser indicada na peça inicial parte do crédito tributário, não quer dizer que a acusação deixou de existir.

Finaliza aduzindo que se o CONSEF entender que os débitos relativos ao período de janeiro a agosto de 2004 não podem ser cobrados nesta ação fiscal, “seguramente serão reclamados oportunamente, através de outro Auto de Infração, tão logo retorne à INFAZ/CAMAÇARI o resultado do seu julgamento”.

Considerando que somente foram juntadas informações mensais fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, as quais não permitiam a visualização das operações realizadas por aquele meio de pagamento, esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência para que o autuante anexasse ao PAF e fornecesse ao contribuinte, mediante recibo, o demonstrativo diário, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito, fornecidos pelas administradoras (fl. 164).

Em cumprimento à diligência solicitada, o autuante anexou aos autos os Relatórios de Informações – TEF Diários, com o detalhamento das operações de vendas realizadas no período de janeiro a dezembro de 2003 (fl. 168 a 475).

O autuado recebeu cópias dos documentos e foi cientificado da reabertura do prazo de defesa (fl. 479), tendo se manifestado (fls. 477 e 478) aduzindo que:

1. os Relatórios de Informações TEF – Diários somente fazem prova a seu favor, uma vez que trazem informações “do banco de dados alimentadas unilateralmente pela Secretaria da Fazenda”;
2. em nenhum momento recebeu da SEFAZ os mesmos extratos que as administradoras de cartões lhe forneceram;
3. não recebeu das administradoras de cartões de crédito e débito os extratos analíticos contendo as mesmas informações e os mesmos valores por elas fornecidos à Secretaria da Fazenda “para que pudesse cotejar com os seus boletos de cartões e ter a certeza da prova material de que os valores que serviram de base de cálculo para a autuação estão corretos”;
4. autorizou as administradoras de cartões a informarem à Secretaria da Fazenda as vendas feitas por meio de cartões e tal autorização “não garante direito ao fisco tomar como base de cálculo definitivamente os valores informados pelas administradoras sem que estas tenham fornecidos à autuada os mesmos extratos fornecidos à Secretaria da Fazenda”.

Por fim, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em nova informação fiscal (fl. 792), afirma que nada tem a acrescentar em relação às alegações defensivas.

Requer, entretanto, que sejam desconsiderados os demonstrativos referentes ao exercício de 2004 (fls. 26 a 33) que indicam o débito total de R\$7.527,86, “em face dos respectivos valores mensais, por um lapso, não terem sido incluídos no Demonstrativo às fls. 03 deste PAF”.

Acrescenta que o “assunto foi discutido junto à Supervisão – INFAZ/CAMAÇARI e nova Ordem de Serviço foi emitida, OS 508.669/05, em execução no presente trimestre, para o contribuinte acima qualificado, onde será lavrado novo Auto de Infração do qual tais Demonstrativos certamente farão parte”.

VOTO

Rejeito as preliminares de nulidade, suscitadas pelo sujeito passivo, pelas razões seguintes:

1. o Auto de Infração foi lavrado em obediência às normas legais, atendendo às formalidades previstas no artigo 39, do RPAF/99. Os fatos encontram-se bem descritos no lançamento deixando evidente o seu enquadramento legal e os demonstrativos elaborados pelo autuante são claros permitindo a sua compreensão, não implicando a nulidade do lançamento a falta de uma coluna com as vendas realizadas com notas fiscais, a teor do artigo 19, do RPAF/99;
2. a autuação foi realizada com fundamento no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 que estabelece 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, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”;
3. não foi feito arbitramento da base de cálculo do imposto, haja vista que a auditoria fiscal realizada está prevista legalmente e foi baseada nos documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte.

No mérito, verifico, na infração 1, que este Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre os valores de vendas registrados com cartões de crédito e débito e os montantes informados pelas operadoras dos referidos cartões.

Como mencionado acima, a autuação foi feita com base no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que prevê que a declaração de vendas feitas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O autuado alegou que é improcedente a presunção insculpida no inciso VI do § 3º do artigo 2º do RICMS/97, haja vista que “a soma dos valores das vendas líquidas constantes das Reduções Z – resumo diário de vendas por cupons fiscais e das Notas Fiscais D-1 de venda a consumidor, são SUPERIORES aos valores informados pelas operadoras de cartões de débito e crédito”.

O contribuinte apresentou uma interpretação dos acima transcritos dispositivos legais (§ 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e inciso VI do § 3º do artigo 2º do RICMS/97), segundo a qual devem ser incluídos todos os valores de vendas realizadas, não importando a modalidade de pagamento (dinheiro, cheque, ticket ou cartões de débito ou crédito), para efeito de confrontação com os montantes fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito.

Entendo que não pode ser aceito o argumento defensivo, embora não esteja explícito, na redação do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que o confronto deva ser feito entre as vendas por meio de cartões de crédito ou débito e os montantes de pagamentos realizados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito e informados à Secretaria da Fazenda.

Pergunto que utilidade haveria em a fiscalização buscar, junto às administradoras de cartões de crédito, as informações sobre os valores dos pagamentos realizados por elas, aos estabelecimentos comerciais pelas vendas por meio de cartão de crédito, se o confronto fosse feito com os valores de todas as vendas realizadas por esses estabelecimentos comerciais (seja a

dinheiro, cheque, ticket, cartões de crédito etc.). Estar-se-ia comparando elementos completamente diversos sem que se pudesse chegar a nenhuma conclusão.

A função do julgador é interpretar a legislação de forma a lhe conceder um sentido prático, em face das demais regras existentes no ordenamento jurídico. Sendo assim, considero que somente há uma possibilidade de se interpretar a presunção inculpada no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, concernente a este Auto de Infração: presume-se a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis realizadas sem a emissão de documentos fiscais, ressalvada ao contribuinte a prova de sua improcedência, sempre que o contribuinte declarar a realização de vendas de mercadorias **por meio de cartões de crédito e/ou de débito** em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O autuado afirmou que entregou ao autuante todas as fitas-detache e os boletos emitidos pelo sistema POS (cartões de crédito e débito) para que ele pudesse identificar os cupons e notas fiscais correspondentes às vendas por meio de cartão de crédito ou débito, considerando que seu ECF sempre registra as vendas como se fossem a dinheiro, porém que o auditor “devolveu todo material que lhe foi entregue informando que não iria fazer a confrontação”.

Tal alegação não se encontra comprovada nos autos, e, ademais, o contribuinte poderia, em sua peça de defesa, ter trazido todos os boletos de cartões de crédito, devidamente vinculados às notas e cupons fiscais que, afirmou, foram emitidos, ou mesmo uma planilha discriminativa de tais correlações. Todavia, limitou-se a apresentar alguns demonstrativos (fls. 73 a 75), comparando os valores de todas as vendas realizadas no período fiscalizado (dinheiro, cheque, ticket, cartões) com os valores informados pelas administradoras de cartão, entendendo que, por serem aqueles superiores a estes, estaria comprovada a improcedência da presunção legal.

O contribuinte trouxe ao PAF, para tentar comprovar seus argumentos, alguns cupons fiscais com seus respectivos boletos de cartão de crédito (fls. 90 a 94). Observo que, por determinação deste órgão julgador, foram trazidos aos autos os relatórios, fornecidos pelas administradoras de cartões à Secretaria da Fazenda, com as vendas diárias de mercadorias realizadas pelo autuado por intermédio de cartões de crédito e débito, tendo sido reaberto o prazo de defesa de 30 dias.

O sujeito passivo, entretanto, limitou-se a argumentar que tais relatórios são manipulados pela SEFAZ, o que não é verdadeiro, haja vista que se trata de documentos enviados oficialmente pelas administradoras de cartões de crédito por meio de arquivos magnéticos.

Também não podem ser acatadas as alegações do contribuinte, de que em nenhum momento recebeu da SEFAZ os mesmos extratos que as administradoras de cartões lhe forneceram e que não recebeu das administradoras de cartões de crédito e débito os extratos analíticos contendo as mesmas informações e os mesmos valores por elas fornecidos à Secretaria da Fazenda:

1. primeiro, porque o próprio autuado, em sua manifestação de fls. 477 e 478, reconheceu que havia recebido os Relatórios de Informações – TEF Diários, com o detalhamento das operações de vendas por ele realizadas no período de janeiro a dezembro de 2003 (fls. 481 a 788), o que lhe permitia o cotejamento com os documentos fiscais e boletos de cartões.
2. segundo, porque o contribuinte não trouxe nenhuma prova de que os Relatórios de Informações – TEF Diários acostados ao PAF apresentam alguma divergência com aqueles que lhe foram fornecidos pelas administradoras de cartões. Ao contrário, o sujeito passivo afirmou, em sua primeira impugnação, que “a Autuada não mais possui os extratos analíticos e a administradora também não os oferece por se tratar de período anterior a 2004”.

O contribuinte também argumentou que não estaria obrigado a transcrever no Boleto de Cartão de Crédito e Débito o número da Nota Fiscal ou do Cupom Fiscal, entretanto, essa

obrigatoriedade está prevista no § 3º do artigo 824-E do RICMS/97. Todavia, mesmo que assim não fosse, a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias poderia ter sido elidida com a anexação dos elementos documentais de que o dispunha o contribuinte.

Ressalto que, embora não tivesse requerido a realização de diligência, deixo claro que não cabe ao Estado realizar diligências no sentido de fazer comprovações que poderiam e deveriam ter sido feitas pelo próprio sujeito passivo, uma vez que ele é que dispõe dos elementos documentais necessários.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que está caracterizada a infração apontada, haja vista que o autuado não comprovou as suas alegações, a teor dos artigos 142 e 143, do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Saliento que, como não foi indicado no Auto de Infração nenhum débito relativo ao exercício de 2004, não é possível o agravamento da infração, como inicialmente pretendido pelo preposto fiscal. Logicamente, deve ser feita uma nova ação fiscal para cobrança do débito porventura existente, como ressaltado pelo próprio autuante em seu pronunciamento de fl. 792.

Contudo, diante das comprovações apresentadas pelo autuado no Anexo V da defesa, entendo que deve ser retificado o débito referente à infração 1, conforme apontado pelo autuante (fls. 101 a 104), de R\$16.646,39 para R\$16.625,42.

Na infração 2 exige-se a multa de 5% do valor das operações, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF nas situações em que está obrigado.

O sujeito passivo reconheceu que emitiu notas fiscais nos dias em que faltou energia elétrica, embora ressaltando que se trata de uma exceção e que não houve prejuízo ao Estado, e acrescentou que não registrou as quedas de energia em livro, nem as comunicou à INFAZ de Camaçari, porque: a) está desobrigado do cumprimento de obrigações acessórias por estar enquadrado no SimBahia; b) apesar de ter tentado, não conseguiu obter da COELBA declaração escrita sobre as referidas quedas diárias de energia.

O RICMS/97 disciplina o uso de ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal nos dispositivos abaixo transcritos:

***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 sequencial 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.

Pela análise da legislação, constato que os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as 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 encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal.

Quando solicitado pelo adquirente da mercadoria, os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal podem emitir notas fiscais, 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, da análise dos autos, que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, que emitiu notas fiscais de venda a consumidor, consoante os documentos juntados ao PAF, todavia, não trouxe as provas de que, no período fiscalizado, estava impossibilitado de utilizar o ECF em razão de quedas de energia elétrica, como alegado, razão pela qual emitiu as notas fiscais referidas em substituição ao cupom fiscal, ou que também emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais.

Ressalto, por fim, que a prova da impossibilidade de uso do ECF deve ser feita pelo contribuinte, não importando se se trata de empresa enquadrada no regime normal ou simplificado de apuração do ICMS.

Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração 2, devendo ser aplicada a penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, já que os valores não foram contestados pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo, homologando-se o valor já recolhido pelo contribuinte:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Multa Formal	Débito R\$
31/01/03	09/02/03	3.650,82	17%	70%		620,64
28/02/03	09/03/03	5.363,11	17%	70%		911,73
31/03/03	09/04/03		17%	70%		912,58
30/04/03	09/05/03	5.290,41	17%	70%		899,37
31/05/03	09/06/03	6.095,11	17%	70%		1.036,17
30/06/03	09/07/03	12.861,00	17%	70%		2.186,37
31/07/03	09/08/03	5.191,41	17%	70%		882,54
31/08/03	09/09/03	6.512,82	17%	70%		1.107,18
30/09/03	09/10/03	8.812,58	17%	70%		1.498,14
31/10/03	09/11/03	7.767,00	17%	70%		1.320,39
30/11/03	09/12/03	9.967,70	17%	70%		1.681,91
31/12/03	09/01/04		17%	70%		3.568,40
31/08/04	31/08/04	49.243,80			5%	2.462,19
TOTAL DO DÉBITO						19.087,61

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0017/04-0**, lavrado contra **EMERSON R. DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.625,42**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, além da multa de **R\$2.462,19**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da citada Lei, e dos acréscimos legais, homologando-se o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR