

A. I. Nº - 102148.0038/04-8
AUTUADO - ZERINALVA RODRIGUES DA SILVA
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ
INTERNET - 20. 12. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0461-04/05

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. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/01/2005, para constituir o crédito tributário no valor de R\$ 13.535,02, em razão de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributada 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, com imposto devido no valor de R\$ 9.726,68.
2. Multa no valor de R\$ 3.808,34, por ter o autuado emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado, impugnou o lançamento tributário, às folhas 1317/1327, inicialmente, alegando que jamais omitiu a saída de mercadoria tributada nas vendas realizadas com cartões de crédito e débito.

Diz que as vendas realizadas mediante pagamento com cartões de crédito e de débito foram registradas pelo funcionário do caixa de forma errada como se fosse em dinheiro, porém, emitiu regularmente o correspondente documento fiscal.

Aduz que foram disponibilizadas todas as fitas detalhes e os boletos objetivando constatar que todas as vendas através de cartão foram feitas com emissão de cupom fiscal ou nota fiscal D-1.

Argumenta que, o fato de ter autorizado as administradoras de cartões de créditos e/ou débitos informarem à SEFAZ todas as suas vendas feitas nas referidas modalidades, não garante direito ao fisco tomar como base de cálculo tais valores sem que a Secretaria da Fazenda forneça-lhe os extratos analíticos com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, para que faça o confronto com os boletos. Assevera que as vendas informadas pelas administradoras estão repletas de vícios, uma vez que informam vendas com cartões ora com valores maiores e ora com valores menores. Assim, a falta do fornecimento do extrato analítico pela Fazenda Estadual ao autuado, além de não determinar com segurança o montante do débito tributário, vem cercear o direito de defesa, tendo transcrita o art. 18, incisos II, III e § 1º, do RPAF/99. Além, de alegar erro na aplicação da alíquota de 17%, por entender ser incompatível ao contribuinte optante pelo SimBahia.

Reitera que, apesar do ECF registrar vendas em dinheiro, cartão, cheque e outros, o funcionário do caixa recebia tais vendas, quase sempre na modalidade dinheiro, realizando pouco registro como cartão. Ademais, existem vendas com parte do pagamento em dinheiro ou cheque e outra parte com cartão.

Ressalta que as vendas efetivadas com cartão de crédito tiveram seus cupons fiscais e notas fiscais emitidos, mesmos aquelas vendas registradas em cupons na modalidade dinheiro, informando que para comprovar sua alegação está juntando ao processo cópia dos referidos documentos fiscais e boletos correspondente, conforme ANEXO 1.

Salienta que não foi desenquadramento do SimBahia, por isso não se pode aplicar as regras de débito e crédito do imposto, transcrevendo os artigos 383-A, 386-A do RICMS/97 e jurisprudência para embasar sua tese.

Em relação à infração 02, argumenta que no bairro em que encontra-se localizada são raros os dias em que não falta energia, havendo época em que chega a faltar energia até três vezes por dia, por isso, na impossibilidade de emitir os cupons fiscais pelo não funcionamento do ECF, emite nota fiscal de venda à consumidor, oferecendo os valores à tributação, sendo que essas notas representam 12% das vendas do estabelecimento.

Informa que não registrou o fato no livro e nem comunicou à INFRAZ/BONOCÔ por duas razões, primeiro por se encontrar desobrigada do cumprimento de obrigações acessórias por ser optante do SimBahia, e segundo porque apesar de ter tentado não conseguiu obter junto à COELBA, declaração escrita sobre as quedas e faltas de energia diariamente.

Ao concluir, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 1593/1594, ao prestar a informação fiscal, em relação à infração 01, aduz que foram examinados os documentos apresentados pela defesa, sendo que foram aceitos parcialmente, uma vez que nem todos consistiam de prova, por não haver uma perfeita relação entre o número e valor do Cupom Fiscal/Nota Fiscal e os boletos de cartão de crédito/débito apresentados. Com isso, novas planilhas foram elaboradas, bem como novos demonstrativos de débito.

Quanto à infração 02, salienta que o autuado não apresentou prova real em relação à legislação pertinente à multa empregada deve ser mantida.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1^a JJF decidido por sua conversão em diligência para que à INFRAZ/BONOCÔ entregasse ao autuado cópia, mediante recibo, dos Relatórios encaminhados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito, detalhando operação por operação, reabrindo o prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Em nova manifestação, folhas 1620/1621, o autuado reteria o argumento de que o autuante não confrontou os boletos com as fitas-detalhes do ECF. Diz que realizou levantamento por amostragem, comprovando que as vendas pagas com cartões são registradas nas fitas-detalhes e, caso o autuante tenha dúvida sobre este fato os documentos encontram-se a disposição da fiscalização.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Em nova informação fiscal, folhas 2261/2262, o autuado ressalta que, o autuado foi intimado no dia 15/08/05, folha 1615, para atender à solicitação da 1^o Junta de Julgamento Fiscal, cujo prazo foi de 30 (trinta) dias, em decorrência da diligencia Fiscal determinada, com entrega, mediante recibo, datado de 15/08/2005, acostado à folha 1616, dos Relatórios de Informações TEF, com as operações individualizadas, do período da autuação, para que o mesmo (autuado/contribuinte) pudesse atender a diligencia da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, conforme abaixo:

- a) Elaborar demonstrativo, comparando dados informados pelas administradoras/Instituições Financeiras (que são os Relatórios de Informações TEF), que foram disponibilizados ao autuado, com os documentos fiscais emitidos;
- b) Resumi-los, mensalmente, “em relação aos objetos da autuação”.

Salienta que, conforme atesta e última manifestação do autuado, o mesmo não atendeu às duas solicitações do CONSEF. Com isso, o autuante não pode conferir o demonstrativo, pois o mesmo não foi apresentado pelo autuado. O autuando somente apresentou, indevidamente, um relatório, sem, contudo, proceder à associação com o Relatório TEF fornecido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia com os dados fornecidos pelas Administradoras de cartão de crédito.

VOTO

O autuante imputa ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributada 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 administrativa de cartão de crédito (infração 01) e aplica multa por ter o autuado emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado (infração 02).

Em sua defesa o autuado requer a nulidade da autuação por não ter recebido extrato analítico das operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, não determinar com segurança o montante do débito tributário e cerceando o direito de defesa. Além, de alegar erro na aplicação da alíquota de 17%, por entender ser incompatível ao contribuinte optante pelo SimBahia.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo pelos seguintes motivos:

- 1- O PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido, mediante recibo acostado aos autos, os relatórios enviados pelas administradoras de cartão e/ou débito, operação por operação.
- 2- O prazo de defesa foi reaberto, em mais 30 (trinta) dias, possibilitando o amplo direito de defesa.
- 3- De acordo com o art. 19, da Lei nº 7.357/98, quando uma empresa optante pelo regime do Simbahia praticar infração tipificada no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, o imposto deverá ser

exigido com base no regime normal de apuração, sendo concedidos os créditos fiscais a que o contribuinte fizer jus, o que foi observado pelo autuante.

- 4- O montante do débito encontra-se embasado nas planilhas de folhas 22, 26, 1598 e 1600.
5. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

No mérito, observo que o levantamento realizado pelo 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, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, *in verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

.....
VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

O argumento defensivo de que houve erro da operadora do equipamento ao registrar a forma de pagamento das vendas, não pode ser acolhido, pois o autuado não relacionou os boletos de pagamentos com cartão de crédito e/ou débito como os documentos fiscais para comprovar que as vendas registradas no ECF foram realizadas de forma errada.

Ressalto que, o PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido, mediante recibo acostado aos autos, os relatórios enviados pelas administradoras de cartão e/ou débito, operação por operação. Apesar de ter seu prazo de defesa reaberto, em 30 (trinta) dias, mesmo assim, apesar da diligência solicitar, o autuado não relacionou os boletos dos pagamentos com os respectivos documentos fiscais para comprovar que efetivamente emitiu documentos fiscais, quer seja cupom fiscal ou nota fiscal nas vendas realizadas com pagamento mediante cartão de crédito ou débito.

Saliento que o art. 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.

Da mesma forma, o argumento defensivo de emissão de notas fiscais, somente pode ser acolhido o que efetivamente foi comprovado, uma que o art. 824-E, que foi acrescentado pela Alteração nº 38, aprovado pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/02, DOE de 31/12/02, caput, e o § 3º, estabelecem que:

“Art. 824-E. 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.

...

§ 3º O contribuinte que receber como meio de pagamento cartão de crédito ou de débito deverá informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o comprovante não seja impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número seqüencial do equipamento no estabelecimento, devendo o tipo do documento fiscal emitido ser indicado por:

- I - CF, para Cupom Fiscal;*
- II - BP, para Bilhete de Passagem;*
- III - NF, para Nota Fiscal;*
- IV - NC, para Nota Fiscal de Venda a Consumidor;*"

Entretanto, quando da informação o autuante analisou os documentos acostados pela defesa e revisou seu levantamento, tendo reduzido o valor da infração 01, com o qual concordo, conforme abaixo discriminados:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
31/1/2003	375,80
28/2/2003	468,45
31/3/2003	307,81
30/4/2003	422,55
31/5/2003	429,03
30/6/2003	807,03
31/7/2003	313,65
31/8/2003	454,73
30/9/2003	610,11
31/10/2003	436,50
30/11/2003	524,25
31/12/2003	2.239,77
31/1/2004	381,87
29/2/2004	357,03
31/3/2004	315,59
30/4/2004	492,37
31/5/2004	363,37
TOTAL	9.299,91

Relativamente a infração 02, tendo sido afastada as preliminares de nulidades, adentrando ao mérito da autuação, o autuado não nega a acusação de que emitiu outro documento fiscal em substituição ao Cupom Fiscal, uma vez que não utilizou o ECF, embora esteja obrigado, na forma da legislação em vigor, apesar de ter o equipamento devidamente autorizado pela SEFAZ/BA, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o equipamento, diária devido a falta de energia elétrica, ficou impossibilitado de funcionar, uma vez que não apresentou nenhum elemento de prova de sua alegação.

Saliento, mais uma vez, que o art. 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.

Por sua vez, o artigo 42, XIII-A, "h" estabelece multa específica de 5% (cinco por cento) 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, estando o procedimento do autuante correto, uma vez que a multa aplicado encontra-se prevista na legislação. Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$13.108,25.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102148.0038/04-8**, lavrado contra **ZERINALVA RODRIGUES DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.299,91**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$3.808,34**, prevista no inciso XIII-A, “h” do mesmo artigo e lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR