

PROCESSO - A. I. Nº 102148.0038/04-8
RECORRENTE - ZERINALVA RODRIGUES DA SILVA (STILLO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0461-04/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0123-11/06

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. Alegação, extemporânea, de existência de pagamento do tributo por antecipação incomprovada. 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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 4ª JF pertinente no Acórdão nº 0461-04/05, que julgou o presente Auto de Infração Procedente em Parte, 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 administradora 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 a 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 Secretária 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 transcrito 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 venda 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 desenquadrada 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 2, 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 INFAZ/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 e 1594, ao prestar a informação fiscal, em relação à infração 1, aduz que foram examinados os documentos apresentadas 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 2, 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 1ª JJF decidido por sua conversão em diligência para que à INFAZ/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 e 1621, o autuado reitera 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 à disposição da fiscalização.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Em nova informação fiscal, folhas 2261 e 2262, o autuante ressalta que, o autuado foi intimado no dia 15/08/05, folha 1615, para atender à solicitação da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, cujo prazo foi de 30 (trinta) dias, em decorrência da diligência 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 diligência da 1ª 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.

Em 06 de dezembro de 2005, por meio de decisão unânime, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência, acolhendo a retificação levada a efeito pelo próprio autuante, o que reduziu o imposto devido para o montante de R\$9.299,91.

Inconformado com Decisão proferida, o autuado apresentara, dentro do prazo legal, Recurso Voluntário, por meio do qual, quase que abandonando as alegações formuladas em sede de defesa, suscitara a impossibilidade de cobrança do tributo concernente à infração 1, tendo em vista o pagamento do ICMS, por substituição tributária, com relação a algumas das mercadorias comercializadas em seu estabelecimento, o que conduziria à nulidade da autuação.

Afirma, ademais, o autuado, ser nulo o lançamento também porque o procedimento adotado para realização da ação fiscal não teria sido corretamente conduzido, inexistindo elementos suficientes à correta determinação da infração.

Por fim, no que tange à infração 2, reitera a tese esposada em sede de impugnação.

A PGE/PROFIS, em parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, tendo em vista a manifesta ausência de provas quanto às alegações do autuado.

VOTO

O imposto é exigido em virtude de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas administradoras de cartões de créditos e de débito; e, ainda, pela emissão de documento fiscal divergente daquele a que estava obrigado a emitir, o autuado, quando da conclusão de suas operações comerciais.

O recorrente pautou toda a sua tese de defesa, quanto à infração 01, na inexistência da omissão apontada pelo agente autuante, eis que, em resumo, *“as vendas feitas em cartões foram registradas na modalidade de pagamento Dinheiro”* (fl. 1.318), alegação esta corriqueira em procedimentos fiscais desta natureza.

Tal assertiva, caso efetivamente comprovada, de fato conduziria ao afastamento da cobrança do imposto objeto da autuação, o que não ocorreu, em sua integralidade, no presente caso, ensejando a procedência parcial do lançamento direto levado a efeito. Deve-se registrar que os poucos documentos trazidos ao processo, pelo recorrente, que comprovavam o registro de vendas a cartão de crédito com a modalidade de pagamento “Dinheiro”, foram acolhidos pelo autuante e tiveram seus reflexos efetivamente excluídos do valor total lançado.

No que se refere à nova alegação contida na peça recursal – nova na acepção temporal, e não jurídica -, algumas considerações merecem relevo. Inicialmente, tem-se visto, não sem frequência, a ausência de colaboração do contribuinte na realização dos procedimentos fiscalizatórios realizados por agentes fiscais. Não raro, também, surgem, em sede de defesa e de Recurso, alegações atinentes à impossibilidade de exercício do direito de defesa e contraditório, à existência de atuação supostamente arbitrária por parte dos agentes fiscais e, mais, à negligência destes agentes, quando da realização de lançamentos diretos.

No mais das vezes, todavia, o que se percebe é que, ao contribuinte, são franqueadas todas as possibilidades possíveis para que exerça, em sua plenitude, os direitos assegurados pela ordem jurídica vigente, padecendo, todavia, de embasamento fático e jurídico, as alegações expendidas nas inúmeras manifestações constantes dos procedimentos administrativos fiscais.

Outra não é a hipótese em análise. Chamada a demonstrar a inexistência de omissões de saída, quedou-se inerte o recorrente, atribuindo ao autuante negligência quanto à análise dos documentos existentes em seu estabelecimento.

No Recurso, a despeito de tecer longas linhas acerca da antecipação do pagamento do ICMS, quanto à grande quantidade das mercadorias envolvidas nas transações indicadas no TEF e nos dados obtidos por meio das Reduções “Z”, do ECF, o recorrente, além de trazer alegação nova, acompanhada de documentos até então não apresentados, o que viola, sem sombra de dúvidas, as normas procedimentais aplicáveis, deixa de demonstrar, com clareza e especificidade, o efetivo recolhimento dos tributos relativos às transações em comento. As assertivas do recorrente, portanto, manifestam-se vagas e gerais, incapazes de afastar a obrigação tributária corretamente apurada.

Neste passo, vale frisar que a presunção de omissão estabelecida no art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, resultante da confrontação dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e aqueles constantes do ECF, pode, sim, ser afastada, mas, por óbvio, desde que haja prova juridicamente válida em sentido contrário.

De outro lado, fica comprovado que o recorrente deixou de observar o dever acessório estabelecido no 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, por si explicativo, cuja transcrição ora se faz:

“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 sequencial 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;”

Afastada, também, deve restar, a incomprovada alegação de existência do ilegítimo fenômeno da “Bitributação”, verificado, apenas, quando mais de um ente tributante cobra mais de um tributo sobre o mesmo fato gerador. *In casu*, tem-se apenas um ente tributante, cobrando um só tributo, sobre um único fato gerador.

Conclui-se, desta maneira, existirem elementos mais do que suficientes à correta determinação da infração, o que não ocorre quanto às alegações expendidas pelo recorrente, despidas de amparo fático-jurídico. Não procede a arguição de nulidade do Auto de Infração, que não se encontra eivado de vícios que o iniquem de invalidação pela Administração Pública.

Relativamente à infração 2, o recorrente confessa ter emitido outro documento fiscal, em substituição ao Cupom Fiscal (ECF), justificando tal conduta em supostas quedas de energia ocorridas no bairro. Além de não comprovar a ocorrência das quedas de energia, em si, deixou, o recorrente, de demonstrar, ao menos, a realização de qualquer pedido junto à COELBA, para obtenção de uma simples declaração que pudesse confirmar tais fatos. Ademais, o recorrente não comunicou à SEFAZ, anteriormente, as alegadas quedas de energia. Frágeis afirmações, despidas de comprovação, demonstrando-se correta a manutenção da multa imposta – legalmente embasada –, que, como bem asseverou a PGE/PROFIS, somente poderá ser apreciada se entender formulado pedido implícito de dispensa do pagamento da sanção.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102148.0038/04-8, lavrado contra **ZERINALVA RODRIGUES DA SILVA (STILLO)**, devendo ser intimado o recorrente 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, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2006.

ANTÔNIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS