

A. I. N° - 206921.0018/06-0
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS CONI LTDA.
AUTUANTE - MARCUS VINÍCIUS BADARO CAMPOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29-08-2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0239-02/07

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. 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. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, para constituir o crédito tributário no valor de R\$10.325,53, em razão de:

- 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 administrativa de cartão de crédito, com ICMS devido no valor de R\$8.990,80.
- 2- Multa no valor de R\$1.334,73, imputando ao autuado a acusação de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado às folhas 31/86 impugnou o lançamento tributário, inicialmente informando que a impugnação encontra-se acompanhada de: 01- Demonstrativo das vendas de janeiro a junho/2006 por ECF; 2- Demonstrativo das entradas de mercadorias através de notas fiscais por alíquota e por tipo de tributação, referente aos meses de janeiro a junho de 2006 3- Demonstrativo comparativo de vendas com o cálculo do ICMS devido através da aplicação do princípio da proporcionalidade; 04- Cópias das reduções "Z" do ECF emitidas referente ao período de janeiro a junho/2006; 05-

cópia de cupons fiscais por ECF, constando como meio de pagamento a expressão “dinheiro”, acompanhadas de comprovantes de pagamentos em cartões de crédito e/ou débito; 06- cópia de DAE's referente ao ICMS Antecipação Parcial; 07 - cópias de notas fiscais de aquisições de mercadorias isentas; 08- cópias de notas fiscais de aquisições de mercadorias que sofreram tributação pelo regime de substituição tributária e/ou Antecipação Tributária; 09- cópia de notas fiscais série D-1 emitidas no período de janeiro a março/2006 referente a saídas de mercadorias isentas e 09 – cópia do Acórdão CJF Nº 0272-12/06.

Prosseguindo, tece comentários sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade, da tipicidade cerrada e nulidade.

Alega cerceamento do direito de ampla defesa, pois entende que os demonstrativos, recebidos juntamente com a via do Auto de Infração, não são auto-explicativo e nem são claros, nem recebeu cópia do Relatório de Informações TEF Operações, em “formato de papel” e nem indicou quais foram às operações informadas pelas administradoras de cartão e que não constam na registradas nos ECF's, citando Acórdãos sobre causas diferentes de nulidade.

Aduz falta de descrição clara e precisa da acusação, e que a descrição constante no Auto de Infração não caracteriza fato gerador deste imposto, reiterando o mesmo argumento apresentado quando alegou cerceamento do direito de defesa por não ter recebido o relatório com as operações diárias, citando decisões de nulidade prolatadas pelo CONSEF.

No mérito, em relação a infração 01, diz que o estabelecimento está localizado em um bairro da periferia da cidade de Salvador e atua no ramo varejista de produtos alimentícios, onde a maioria dos produtos não sofre tributação nas saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS/97, como isentos, outros enquadrados no regime de substituição tributária, com ICMS pago na entrada, outros produtos com alíquota de 7%, cesta básica (milho, macarrão, sal de cozinha, fubá de milho), e outros com base de cálculo reduzida (óleo de soja, açúcar e charque).

Aduz que a autuação é nula, em razão de:

- a) O autuado possui ECF devidamente registrado;
- b) O ECF utilizando não teve o meio de pagamento implantado e não discrimina na fita detalhe quando as operações são efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito, processando todas as vendas como se fossem recebimentos em dinheiro;
- c) Que o cliente modifica a forma de pagamento do final da compra;
- d) Nas informações das administradoras estão incluídas das gerais.
- e) Está anexando à defesa, por amostragem, alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinetas ou POS-Terminais Eletrônicos das Administradoras de Cartão de Crédito onde se comprova que na mesma data, há a emissão de cupom fiscal no mesmo valor da operação.
- f) O autuado emite grande quantidade de Cupons Fiscais, todos disponível para fiscalização, para que seja efetuada a fiscalização real e não a simples acusação por presunção;
- g) O autuante, em nenhum momento verificou os comprovantes de Débito e/ou crédito, emitidos pelas maquinetas ou POS -Terminal Eletrônico;
- h) O autuante partiu da premissa que toda a informação prestada pelas instituições financeira e administradoras de cartão de crédito foram de vendas sem emissão de cupom fiscal;

- i) O autuante não atentou que grande parte dos produtos comercializados é isentos ou com antecipação tributária;
- j) Não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade de conservar os comprovantes de débito e/ou crédito, assinados pelos clientes;
- k) Não existe na legislação fiscal, obrigatoriedade da empresa que utiliza ECF de demonstrar quanto vendeu em Cartão de débito e/ou crédito à Secretaria da fazenda;
- l) Parte da diferença apurada pelo autuante, especialmente a do mês de janeiro de 2006, decorreu do extravio de parte das reduções “Z” e que não foram apresentadas ao autuante;

Repete a alegação de que o cliente efetua suas compras, sendo emitido o cupom fiscal e o funcionário aciona a tecla da operação “dinheiro”, porém, na hora do pagamento o cliente declara que vai pagar em dinheiro, ou com dois cartões ou uma parte no cartão e outro no dinheiro.

- m) As vendas efetuadas pela autuada pagas através de cartão de crédito/débito constante nas reduções “Z” foram sempre zero.
- n) Que todas as operações foram registradas como se fosse em dinheiro;
- o) Repete o mesmo argumento do item “b”;
- p) Repete o mesmo argumento do item “m”;
- q) A mera divergência entre o total constante da redução “z” e as informações prestadas pelas instituições financeiras não é motivo suficiente para se proceder a autuação;
- r) Que o resultado apurado pela fiscalização não retrata a realidade dos fatos;
- s) Repete a alegação de falta de clareza e liquidez do lançamento.

Alega inadequação do roteiro de fiscalização aplicado pelo autuante para apuração dos fatos desta infração, pois 50% de suas vendas são de produtos isentos e não tributados, transcrevendo trechos de diversos Acórdãos do CONSEF.

Requer que esta JJF solicite a Secretaria deste Conselho, cópia do Acórdão CJF nº 0291-12/06, que decidiu pela aplicação da proporcionalidade da apuração do imposto devido, em relação aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, indicando que seria devido o ICMS nos valores abaixo:

01/2006 – R\$ 225,20;
02/2006 – R\$ 339,95;
03/2006 – R\$ 152,99;
04/2006 – R\$ 286,20;
05/2006 – R\$ 398,15;
06/2006 – R\$ 421,03.

Em relação a infração 02, diz que não houve sonegação de imposto, nem falta de emissão de documento fiscal idôneo e que as nota fiscais D-1 somente foram emitidas por falta de energia. Neste caos o CONSEF tem reduzido o valor da multa, transcrevendo decisões sobre o tema.

Prosseguindo, assevera que a multa aplicada tem a natureza confiscatória, citando doutrina sobre o tema. Ao finalizar, requer que, caso não seja acatado o pedido de nulidade, que o autuante aplique a proporcionalidade em relação às entradas, e redução da multa da infração 02.

O autuante, à fl. 593, ao prestar a informação fiscal, aduz que cabe ao CONSEF determinar se há necessidade de se aplicar a proporcionalidade requerida pelo autuado.

Em relação a infração 02, frisa que o autuante não especificou qualquer irregularidade acerca do levantamento realizado na ação fiscal.

Ao finalizar, opina pela manutenção integral da autuação.

VOTO

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.

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança sob a alegação de confisco, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que nenhum dos argumentos apresentados pelo autuado é causa de nulidade, conforme passo a analisar, ponto por ponto, conforme estruturou o contribuinte em sua peça impugnatória:

As descrições constante do Auto de Infração são precisas e claras, são as definidas pela Administração Tributária Estadual com padrões que devem ser usados por todos os auditores fiscais quando da apuração de infrações envolvendo informações prestadas por administradoras de cartões de débito e/ou de créditos, inclusive, saliento que o autuante constituiu o crédito tributário mediante lançamento de ofício utilizando o programa de emissão informatizada do Auto de Infração da SEFAZ.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não recebeu as operações TEF em meio de papel, uma vez que restou comprovado nos autos que o contribuinte recebeu os Relatórios TEF Diários (operação por operação) em meio magnético, não existindo nenhuma obrigação para seja entregue já impresso.

O autuado possui ECF devidamente registrado. Tal argumento não é capaz de elidir a autuação trata-se de uma obrigação do autuado, entretanto tal fato não impede que o Estado fiscalize as operações registradas no ECF;

O cliente modifica a forma de pagamento no final da compra, o argumento também não é capaz de elidir a autuação, pois a obrigação de treinar os funcionários é do empresário e não do governo, devendo o contribuinte treinar seus funcionários para essa situação;

O autuado emite grande quantidade de cupons fiscais, todos disponíveis para fiscalização. Trata-se de outra obrigação do autuado, entretanto tal fato não impede que o Estado fiscalize as operações registradas nos referidos documentos fiscais;

O autuante, em nenhum momento verificou os comprovantes de débito e/ou crédito, emitidos pelas maquinetas ou POS -Terminal Eletrônico. Este argumento também não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o autuante considerou as operações registradas no ECF, conforme consta do Demonstrativo de folhas 10 a 19;

O autuante partiu da premissa que toda a informação prestada pelas instituições financeira e administradoras de cartão de crédito foi de vendas sem emissão de cupom fiscal. O argumento não resiste a uma análise com relação ao demonstrativo acostado às folhas 10 a 19;

O autuante não atentou que grande parte dos produtos comercializados é isenta ou com antecipação tributária. Outro argumento que não é capaz de elidir a autuação, vez que não

existe previsão legal para este procedimento requerido pelo autuado, pois a legislação determina que sejam consideradas saídas de mercadorias tributáveis;

Não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade de conservar os comprovantes de débito e/ou crédito, assinados pelos clientes. Entendo que cabe ao autuado comprovar que realizou vendas com cartão de créditos com emissão de outros documentos fiscal que não seja o cupom fiscal, entretanto, se a própria defesa se negar a realizar esta prova, prevalece a presunção legal de venda de mercadorias tributáveis sem documento fiscal, sendo devido o imposto. 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.

Não existe na legislação fiscal, obrigatoriedade da empresa que utilize ECF em demonstrar quanto vendeu em cartão de débito e/ou crédito à Secretaria da Fazenda. Meu entendimento é o mesmo do item anterior;

Parte da diferença apurada pelo autuante, especialmente a do mês de janeiro de 2006, decorreu do extravio de aparte das reduções “Z” e que não foram apresentadas ao autuante, entendendo que o próprio autuante reconhece que atendeu a legislação vigente;

A mera divergência entre o total constante da redução “Z” e as informações prestadas pelas instituições financeiras não é motivo suficiente para se proceder a autuação. Trata-se de falta de informação do autuado, pois a previsão encontra-se no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96;

Desta forma, o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da impugnante. Mais uma vez discordo da defesa, pois os demonstrativos elaborados pelo autuado e acostados aos autos do PAF comprovam a irregularidade praticada pelo autuado.

Ademais, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade do Auto de Infração.

Também, não acolho o pedido do autuado para que a Secretaria acoste aos autos o Acórdão CJF Nº 0219-12/06 (decidiu pela aplicação da proporcionalidade na apuração do imposto devido, em relação aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito) solicitada pela defesa, uma vez que o mesmo encontra-se disponível para no banco de dados da SEFAZ, sendo de livre consulta para todos os julgadores. Devo ressaltar, que esse entendimento manifestado no referido Acórdão não é o predominante neste órgão julgador, o entendimento dominante é que não é devida a aplicação da proporcionalidade.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado a 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.

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.”(Grifo nosso)

O argumento defensivo de que 50% de suas vendas são de mercadorias isentas e com tributação antecipada, não é capaz de elidir a acusação, uma vez que a presunção prevista na Lei 7.014/96 é de que o autuado omitiu saídas de **mercadorias tributáveis**, não prevendo a aplicação de nenhuma proporcionalidade, sendo este o entendimento dominante deste Conselho de Fazenda.

Da mesma forma que não elide a autuação as alegações do autuado de que possui ECF, pois este roteiro de Auditoria é específico para os contribuintes que possuem ECF.

O autuado não apresentou nenhuma prova de que o seu ECF não é capaz de discriminar o meio de pagamento, o que poderia ser comprovado por meio de ficha contendo as descrições técnicas do equipamento ou uma declaração do fabricante, ou mesma da empresa credenciada a realizar a manutenção no ECF. 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.

O autuado acostou a sua peça defensiva à folha 179, cópia do comprovante do cartão de crédito e do cupom fiscal no valor de R\$ 200,00, registrado com venda em dinheiro.

Em uma análise superficial esses documentos comprovariam a alegação do autuado. Entretanto, realizando uma análise mais cuidadosa, observo que o contribuinte tentou induzir a erro o julgador, uma vez que no comprovante de cartão de crédito consta que o mesmo foi emitido 08:06h (oito hora e seis minutos), enquanto o Cupom Fiscal somente foi emitido às 08:27h (oito horas e vinte e sete minutos), ou seja, 21 (vinte e um) minutos após a realização do pagamento do autuado.

Esses documentos comprovam que os argumentos defensivos não são verdadeiros, uma vez que, em sua peça defensiva, por mais de uma vez, a defesa afirma que primeiro vende registrando no ECF e posteriormente o cliente define a forma de pagamento.

Assim, é difícil precisar qual o argumento defensivo deve prevalecer, se quando anexou documentos comprovando que o pagamento com cartão de crédito foi realizado 21 (vinte e um) minutos antes da efetivação da venda ou quando afirmou, por mais de uma vez, que primeiro a venda é registrada no ECF e posteriormente o cliente define a forma de pagamento.

O fato concreto é que o documento acostado pelo autuado apenas comprova uma coincidência de valores, correspondentes a operações diferentes, realizadas em horários diferentes, não sendo capaz de elidir a autuação.

Ressalto que a defesa 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.

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 impugnou alegando que a não utilização do ECF foi em decorrência de falta de energia elétrica, sem apresentar nenhuma prova da ocorrência. 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 acostadas à folha 10, onde o autuante especifica as datas, números e valores das notas fiscais emitidas no lugar dos cupons fiscais.

Assim, a infração 02 deve ser mantida.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206921.0018/06-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS CONI LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.990,80**, acrescido da multa de 70%, previstas 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\$1.334,73**, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR