

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0005/07-7
RECORRENTE - SERVBEM COMERCIAL LTDA. (SERVBEM SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0247-01/07
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 03/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0033-12/08

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão pertinente no Acórdão nº 0247-01/07 que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/01/2007, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela 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, nos meses de janeiro a novembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 12.076,12, acrescido da multa de 70%.

Exarado despacho à fl. 27, para que o autuante apresentasse nos autos o Relatório Diário Operações TEF, diligencia cumprida conforme se vê, às fls. 30 a 165. Apresentado o RDO-TEF, juntado pelo autuante, conforme indicado pela Secretaria do CONSEF às fls. 166/167, o contribuinte foi regularmente intimado para que exercitasse o direito de contraditório, confrontando os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito com o lançado no ECF. Cumprindo inclusive, nos termos do RPAF a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, devidamente confirmada com a ciência dada pelo contribuinte. Após nenhuma manifestação de sua parte neste sentido, foi solicitado ainda que fosse produzida nova informação fiscal.

Em sua Decisão o ilustre relator concluiu que houve pela fiscalização apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito ensejando a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido.

Considerou ainda, 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 com cartão de crédito/débito, 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 contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *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”.

Percebeu, neste diapasão que nos termos do artigo 824-B, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, esta disposto:

“Art. 824-B. 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.”

Ou seja, os contribuintes que realizarem venda de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de equipamento emissor de Cupom Fiscal.

Constatou que, apesar de atribuir a diferença apontada na autuação ao registro de vendas com cartão de crédito como se fora realizada a dinheiro, o contribuinte não acostou aos autos qualquer comprovação do alegado.

Entendeu que poderia o autuado, querendo, elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, nos períodos indicados na autuação, bem como apresentar os correspondentes boletos de cartões, anexando aos autos por amostragem, cópias reprográficas dos boletos de cartões de crédito, confrontando-os com os respectivos documentos fiscais, com a finalidade de comprovar as suas alegações.

Certamente, a juntada de cópias dos boletos comparados com as cópias dos Cupons Fiscais, desde que tivessem em comum o mesmo código de identificação NSU, valores e datas coincidentes com a discriminação do Relatório Diário TEF Operações permitiria a formação do convencimento do julgador quanto à veracidade das alegações defensivas.

Asseverou ainda, que no mérito da lide o contribuinte não exerceu a faculdade posta a sua disposição pelo artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, que expressamente dispõe:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.”

Apenas alegou o registro indevido, porém, não trouxe aos autos nenhuma comprovação – documentos, levantamentos e demonstrativos – relativa à sua alegação, consignando que outros dispositivos do RPAF/99, estabelece a obrigatoriedade de comprovação das alegações apresentadas pelas partes, consoante os artigos 142 (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 143 (A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal).

Registrhou que, por ser o autuado contribuinte optante pelo Regime SimBahia, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual

de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº 7.357/98).

Verificou que no cálculo do imposto, o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, portanto, agindo conforme manda a legislação do ICMS.

Por fim, salientou que apesar de não ter identificado qualquer relação entre a exigência do Auto de Infração em exame e a alegação do autuado de que os ECF constantemente estavam causando problemas, dificultando os registros de vendas e que é difícil o conserto pela localização da assistência técnica em Itabuna, forçoso reconhecer que o contribuinte não obedeceu o preceito contido no artigo 238, §2º, do RICMS/BA - 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- § 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.- Como vimos a legislação estabelece o procedimento deve ser adotado pelo contribuinte quando não for possível a emissão do Cupom Fiscal por motivo de razões técnicas.

Obviamente, as razões técnicas que justificam a emissão de outro documento fiscal em lugar do Cupom Fiscal não podem ser permanentes nem definitivas, parecendo-me que, se o equipamento “constantemente” apresenta defeito, cabe ao contribuinte providenciar os meios necessários para solucionar o problema e cumprir a legislação do ICMS, a fim de se preservar contra futuras autuações.

Assim, considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação foi considerada totalmente subsistente, decidindo pela procedência do Auto de Infração.

O autuado apresentou Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF às fls. 185 a 187, no qual reitera os argumentos da Impugnação de que as diferenças encontradas pelo autuante decorreram do fato de os Caixas após registrarem no equipamento emissor de cupom fiscal - ECF as vendas com pagamento em dinheiro os clientes optam pelo pagamento em cartão de crédito, ficando assim as vendas pagas através de cartão de crédito registradas no ECF, redução Z, como pagamento em dinheiro.

Aduz em caráter preliminar que não existem nos autos elementos que comprovem a prática de ato infracional, pelo que seria nula a autuação, uma vez que o ônus *probandi* seria do ente fiscalizador. No mérito, argumenta ainda que a alíquota aplicada pelo autuante (17%) foi equivocada, já que se trata de empresa de pequeno porte.

Conclui, requerendo a Anulação do Auto de Infração.

A Procuradoria Fiscal, em seu opinativo, após breve relatório sobre o que até aqui ocorrido, reiterou que o lançamento cumpriu suas formalidades essenciais estando determinado o autuado, o montante do débito tributário, a descrição da infração, não tendo sido constatado nenhum vício formal ou material que enseje a nulidade do lançamento realizado.

Os relatórios apresentados às fls. 30 a 165 evidenciam divergências entre o livro de registros do contribuinte e o relatório de operações apresentado pela administradora de cartões, autorizando assim, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 a presunção da omissão de saídas e o consequente não recolhimento do ICMS devido.

Reitera que a presunção, todavia, poderia ter sido elidida pelo contribuinte, mas que não exerceu seu ônus de desconstituir a presunção legal.

Conclui seu opinativo observando o “*caráter eminentemente procrastinatório do Recurso Voluntário*” manifestando-se pelo conhecimento e pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento mediante cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Do exame das peças processuais, verifico que no Recurso Voluntário o contribuinte reiterou os termos de sua peça de defesa alegando que as diferenças apontadas na autuação decorreram do fato de seus Caixas após registrarem a venda no ECF como recebida em dinheiro os clientes optaram pelo pagamento em cartão de crédito, o que implicou no registro de vendas pagas através de cartão de crédito como se tivessem sido realizadas em dinheiro na Redução “Z”.

Verifico também, conforme observou o autuante, que todas as vendas do estabelecimento usuário de ECF devem ser registradas neste equipamento, com exceção das previstas no RICMS/BA e que efetuou o levantamento valendo-se dos dados emitidos pela máquina nas leituras ‘Z’ comparando-os com às informações TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, resultando no débito exigido no Auto de Infração.

Através do encaminhamento feito pela Secretaria do CONSEF, foi preservado o direito do contribuinte à ampla defesa e ao contraditório, com a entrega dos Relatórios de Informações TEF diário por operações e reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, a fim de que fosse feito o confronto dos valores informados pelas administradoras de cartão com os valores lançados no ECF, ônus não exercido.

Sustentamos que o lançamento foi efetuado obedecendo rigorosamente aos procedimentos padrões de fiscalização, previsto no RICMS/97, citando os dispositivos regulamentares em que foi baseado o procedimento, ou seja, os artigos 2º, §3º, VI, e 238, § 7º. As vendas do estabelecimento usuário de ECF devem ser registradas neste equipamento, com exceção das previstas no RICMS/BA.

Os dados emitidos pela máquina nas leituras ‘Z’ foram levantadas as vendas que comparadas às informações TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, resultou no débito exigido no Auto de Infração combatido.

Observamos que as notas fiscais somente podem ser emitidas em caráter de exceção, na saída de mercadoria em substituição ao cupom fiscal e na impossibilidade do uso de ECF e que na hipótese do cliente preferir a nota fiscal ao invés do cupom fiscal, mesmo assim a operação deverá ser registrada no ECF. Assevera que a única possibilidade de emissão da nota fiscal sem que a operação seja registrada no ECF é quando o equipamento estiver com defeito ou na falta de energia elétrica, sendo que este fato deverá ser comprovado com atestado de intervenção emitido por técnico credenciado.

Deste modo, a emissão de nota fiscal com o ECF funcionando e não havendo o registro no equipamento, implica na aplicação de multa de 5% sobre o valor da operação, consoante o artigo 915, XIII-A, “h” do RICMS/97, não tendo qualquer fundamento a alegação do autuado, mesmo porque as notas fiscais emitidas foram verificadas pelo autuante conforme consta de sua informação fiscal.

Por fim, no tocante à alíquota de 17%, diz que por se tratar de contribuinte SIMBAHIA foi aplicada a alíquota interna com a concessão do crédito de 8% sobre o valor da base de cálculo, conforme mandam os artigos 408-S, §1º, c/c 408-L, V e 408-P, todos do RICMS/97.

Nestes termos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206935.0005/07-7, lavrado contra SERVBEM COMERCIAL LTDA. (SERVBEM SUPERMERCADO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$12.076,12, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS