

**A. I. Nº** - 281317.0003/07-1  
**AUTUADO** - ACJ RESTAURANTE LTDA.  
**AUTUANTE** - JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** 15.06.09

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº.0118-05/09**

**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. Infração comprovada. 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 2% 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. Refeitos os cálculos em virtude do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, II, “c” do CTN. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2007, exige ICMS, no valor de R\$4.364,25, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria 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 administradora de cartão de crédito. ICMS de R\$17,95 e multa de 70%.
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. ICMS de R\$4.346,30 e multa de 5%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 44 a 47, na qual inicialmente alega que o RPAF, no art. 28, ao tratar dos termos e demais atos que fundamentam o processo administrativo fiscal, prevê em seu inciso VII a exigência de lavratura de Termo de Encerramento de Fiscalização.

Afirma que tal obrigação, que pode ser caracterizada como acessória, não foi cumprida pelo autuante, como se depreende do Livro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, fato que preliminarmente implica na nulidade da ação fiscal por descumprimento de obrigação legal expressamente prevista na norma.

Alega que o autuante agiu de forma rigorosa, visto que os percentuais de emissão de nota fiscal de venda ao consumidor representam em alguns meses valores insignificantes, se comparado

com o total das vendas, como se constata em fevereiro e abril de 2007, nos quais a emissão manual representou apenas 0,23% e 0,09%, respectivamente.

Destaca que a obrigação principal revela-se plenamente atendida, como aliás, constatou o auditor, cabendo apenas explicar os fatores que lhe levou à utilização – em casos excepcionais – de um documento fiscal em substituição a outro. Aduz que o primeiro destes diz respeito à implantação do Programa “Mascate Fiscal Net”, nos meses de setembro a novembro de 2006, pela empresa contratada para automação comercial, do seu estabelecimento, conforme declaração anexada, que resultou em problemas intermitentes em seu sistema de impressão fiscal.

Diz que durante a implantação desse Sistema é normal ocorrerem falhas técnicas nos equipamentos e no mencionado software, o que, por óbvio, inviabiliza a emissão do cupom fiscal nessas ocasiões e que teve ainda outras falhas no sistema de informática, que resultaram, inclusive, na retirada, de seu estabelecimento, no período de 01 a 06 de dezembro de 2006, do computador com o programa da impressora fiscal, além de problemas pontuais, ocorridos nos meses de fevereiro e abril de 2007, consoante declarações anexadas (docs 03, 04 e 05).

Afirma que no mês de janeiro de 2007, no qual se verifica a maior emissão manual de notas fiscais, o restaurante sofreu diversos problemas com o ECF, o qual frequentemente desligava sozinho, fato este atestado pela empresa credenciada da SEFAZ, a BMI Tecnologia, que em 18/01/2007 realizou a troca da fonte por outra e ressoldou a placa, conforme Ordem de Serviço nº 43.

Assim, logo após o conserto realizado por essa empresa credenciada (18.01.07), não foi identificada pelo autuante qualquer emissão manual de nota fiscal, o que demonstra que este procedimento só era adotado pelo autuado quando efetivamente não podia emitir o correspondente cupom fiscal.

Quanto à infração 1, afirma que a diferença apurada é insignificante e decorreu de erro da contabilidade, o qual reconhece e se compromete a quitar.

Alega que em um montante de vendas fiscalizado de mais de um milhão de duzentos mil reais só foi identificada uma diferença de apenas R\$105,58, podendo tratar-se de um mero erro sem qualquer intenção de dolo ao Fisco.

Requer a nulidade por descumprimento da obrigação prevista no art. 28, VII, do RPAF. Requer ainda, caso não seja considerada a nulidade, que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente quanto à imposição de multa por suposto descumprimento de obrigação acessória.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 83 e 84, nos seguintes termos:

Preliminarmente esclarece que o Termo de Encerramento é parte integrante do Auto de Infração, lavrado com este, os quais o Autuado teve ciência em 26/07/2007 e que em face disso, descabe a nulidade requerida.

Quanto à infração 1, afirma que o autuado a reconhece e se compromete a pagar.

Afirma com relação à infração 2, que se a empresa iria utilizar os equipamentos em fase de teste ou treinamento de sua equipe, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2006, deveria comunicar antecipadamente à Sefaz tal circunstância, através de documento próprio disponível para “download” no site da Secretaria na Internet, mas não o fez.

Que a empresa deveria ter mantido o equipamento fora do ambiente de atendimento ao público e, com a anuência da Fiscalização, estaria autorizada a emitir notas fiscais para entrega aos consumidores.

Alega que se o ECF já estava autorizado para uso fiscal, todas as obrigações legais deveriam ser observadas, inclusive a da não emissão de qualquer outro documento além do cupom fiscal, respeitadas as exceções legalmente previstas.

Afirma que não tem qualquer valia uma declaração emitida por terceiro em data posterior para explicar a falta de cumprimento da obrigação legal.

Logo, o autuado não fundamenta seus argumentos em declarações emitidas por terceiro, sem qualquer vinculação com atestados de intervenção emitidos por interventor credenciado pela SEFAZ, único documento capaz de registrar adequadamente qualquer ação de manutenção do equipamento com impossibilidade de uso do ECF.

Que a única situação em que, comprovadamente, houve a intervenção técnica no ECF foi entre os dias 17 e 18/01, período em que houve a “troca da memória de software – nova versão”, conforme cópia do atestado de intervenção, anexado.

Dessa forma, acolhe apenas os argumentos da defesa relativos à emissão das notas fiscais para os dias 17 e 18/01/2007, do que refaz o levantamento e o demonstrativo de apuração, no qual a multa aplicada para o mês 01/2007 passa a ser R\$2.359,78, anexados.

O autuado se manifesta, fl. 106, onde reitera a nulidade do auto de infração, por ausência de termo de encerramento de fiscalização, já que o mesmo não foi lavrado.

Apesar de o autuante reconhecer que o equipamento fiscal passou por intervenção técnica, no mês de janeiro de 2007, estranhamente, limitou-se a excluir a multa relativa aos dias 17 e 18, quando, em verdade, o defeito do equipamento ocorreu no decorrer do referido mês, e só foi solucionado definitivamente em 18/01/2007.

Que o correto seria a exclusão de qualquer penalidade relativa ao mês de janeiro de 2007, e não somente dos dias 17 e 18, como feito pelo autuante.

Ratifica todos os termos da defesa apresentada, no sentido de que as eventuais emissões de notas fiscais avulsas decorreram de falhas no Sistema de Impressão de Cupom Fiscal, requerendo que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente quanto à imposição de multa por suposto descumprimento de obrigação acessória, caso seja superada a preliminar de nulidade arguida.

O autuante presta informação fiscal, fls. 108, na qual afirma que o autuado reconhece a infração 1 e se compromete a pagar.

Quanto à infração 2, afirma que, como dito anteriormente, a única situação em que comprovadamente houve a intervenção técnica no ECF foi entre os dias 17 e 18/01/2007, período em que houve a “troca da memória do software- nova versão” conforme cópia do Atestado de Intervenção, fls. 97, já anexado, o qual o autuado já teve ciência.

Acolhe os argumentos da defesa, relativos à emissão das notas fiscais, para os dias 17 e 18/01/2007, retificando a multa aplicada para o mês 01/2007, que passa a ser no valor de R\$2.359,78, já ciente o contribuinte.

Mantém o restante dos termos da autuação.

## VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade arguida, quanto à falta do Termo de Encerramento de Fiscalização, haja vista que nos termos do art. 30 do RPAF/99, quando o auto de infração foi emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único.

No mérito, na infração 1 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 administrativa de cartão de crédito.

No levantamento realizado pela autuante foram comparados 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 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. 4º, § 4º da Lei nº 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.”*

O contribuinte em sua peça de defesa justifica que o valor da infração é ínfimo, comparado com o faturamento da empresa, naquele exercício e que, de sua parte, teria havido erro material nos registros contábeis, razão porque se compromete a efetuar o pagamento do imposto ora exigido.

Deste modo, fica mantida a infração.

Na infração 2, consta a exigência de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 5% sobre o valor das operações, tendo em vista que o contribuinte emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A possibilidade de a empresa comercializar mercadorias com emissão de notas fiscais, em lugar do cupom fiscal, está legalmente prevista no artigo 238 e 824-B do RICMS-BA, o qual elenca as hipóteses do uso alternativo do referido documento fiscal, o qual transcrevo a seguir:

*“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.*

*(...)*

*§ 3º Não se exigirá o uso do ECF:*

*I - nas prestações de serviços de comunicação, serviços de transporte de carga e de valores e serviços de transporte aeroviário ou ferroviário de passageiros;*

*II - nas operações ou prestações realizadas fora do estabelecimento, nas destinadas a entidade da administração pública ou nas promovidas por:*

*a) contribuintes enquadrados no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de Ambulante;*

*b) concessionárias de serviço público, relacionadas com o fornecimento de água, energia elétrica e gás canalizado;*

*c) fabricantes ou revendedores de veículos automotores, nas saídas destes veículos.*

*d) instituições de assistência social ou de educação de que trata o inciso II do art. 32 deste Regulamento;*

*e) pelo estabelecimento usuário de sistema de processamento de dados para emissão de Nota Fiscal em operação de saída de mercadoria para entrega no domicílio do adquirente;*

*f) prestador de serviço de transporte rodoviário ou aquaviário de passageiro que utilizar sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de bilhete de passagem.*

*III - aos contribuintes do ICMS optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, enquadrados na condição de microempresa cuja receita bruta anual não exceda a R\$ 144.000,00 (cem e quarenta e quatro mil reais).*

*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.”*

Quanto ao argumento da empresa de que teria utilizado talonários fiscais em virtude de falhas no sistema de informática, no próprio ECF, quando foi ressoldada a placa e trocada a fonte por outra,

constato que dos documentos trazidos ao PAF, o parágrafo 2º prevê a possibilidade de tais ocorrências, que impossibilitam a emissão de documento fiscal por meio de ECF, quando dita:

*“§ 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.”*

Da análise dos documentos trazidos na defesa, entendo que a única situação em que, no presente caso, comprovadamente, houve a intervenção técnica no ECF foi entre os dias 17 e 18/01/2007, período em que houve a “troca da memória do software- nova versão” conforme cópia do Atestado de Intervenção, fls. 97, já anexado, o qual o autuado já teve ciência.

Da mesma forma, o autuante na informação fiscal acolheu os argumentos da defesa, relativos à emissão das notas fiscais para os dias 17 e 18/01/2007, retificando a multa aplicada para o mês 01/2007, que passa a ser no valor de R\$2.359,78.

Não obstante a comprovação da legitimidade da multa aplicada, deve ser adequada ao percentual de 2%, com a aplicação do princípio da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, “c” do CTN, em conformidade com a multa prevista no art. 42, XIII-A, “h”, como segue:

*“2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;”*

Portanto, o demonstrativo de débito assume a seguinte configuração, nesta infração:

D. OCORRENCIA	D. VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	MULTA 2%
30/09/2006	09/10/2006	8.250,00	165,00
31/10/2006	09/11/2006	9.789,00	195,00
30/11/2006	09/12/2006	10.469,00	209,00
31/12/2006	09/01/2007	4.580,00	91,00
31/01/2007	09/02/2007	47.195,00	943,00
28/02/2007	09/03/2007	306,00	6,00
30/04/2007	09/05/2007	149,00	2,00
TOTAL			1.611,00

Infração procedente em parte no valor de R\$1.611,00.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281317.0003/07-1**, lavrado contra **ACJ RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17,95**, acrescido da multa de 70%, prevista 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\$1.611,00**, prevista no art. 42, XII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR