

PROCESSO - A. I. Nº 926009-9/04
RECORRENTE - VERA LÚCIA AMORIM PESSOA MARTINS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0365-03/04
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 23.12.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0367-12/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE VENDAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL CORRESPONDENTE. A legislação prevê a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória aos estabelecimentos que forem identificados realizando operações sem emissão da documentação fiscal. Infração comprovada. Reduzida a penalidade para R\$50,00, com base no art. 42, § 7º, da Lei nº 7014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra a R. Decisão prolatada pela 3.ª JFJ, através do Acórdão nº JFJ 0365-03/04, que julgou pela procedência do Auto em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte, em face da constatação de falta de emissão de documento fiscal nas operações de vendas de mercadorias à consumidor final, a aplicação da multa de R\$ 690,00, conforme Termo de Auditoria de Caixa.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, alegando, em síntese, que de acordo com os dispositivos legais citados no Auto de Infração, há prova cabal que lhe favorece, por considerar que inexistente lei que obrigue ao contribuinte contar dinheiro disponível em Caixa, ou fazer o Caixa forçosamente. Neste caso, entendeu que houve mera presunção sem respaldo na legislação. Disse que a forma utilizada pelo autuante coloca o contribuinte à margem da humilhação, e o autuado se sentiu marginalizado, diante da truculência do fiscal. Ressaltou que somente por ordem judicial, ou em caso de suspeita de algum crime - neste caso de posse de mandado judicial – poderia o fiscal obrigá-lo a contar dinheiro em Caixa. Aduziu, *pari passu*, que o fiscal compareceu ao estabelecimento no dia 29/05/2004, às 11:50 horas, e até aquele horário não tinha vendido nada, exceto venda de pequena monta, como doces, salgados, sendo permitida pela legislação, nesse caso, a emissão da nota fiscal ao final do dia, conforme art. 237 do RICMS/97.

Além disso, alegou o autuado que se trata de microempresa de pequeníssima capacidade contributiva, que tem dia que não vende quase nada, e que “*o comércio é tão ruim, que não fecha para não ficar parada*”. No que concerne à diferença de Caixa no valor de R\$29,00 apurada pela fiscalização, a nota fiscal foi emitida ao final do dia, inexistindo omissão de saídas como afirma o autuante. Contestou o valor da multa aplicada, em comparação com a diferença apurada, qual seja, R\$29,00, reafirmando que houve presunção. Por fim, em sede de pedido, requereu o recorrente a improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal foi prestada às fls. 17 e 18 do PAF, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, rebatendo as teses da defesa, sob o argumento de que;

- a) o Termo de Auditoria de Caixa foi assinado pelo titular da empresa, comprovando o numerário encontrado no Caixa e a ausência de notas fiscais emitidas na data da ação fiscal, bem assim no fato de que;

- b) não procede a alegação do recorrente de que não vendeu mercadorias até o momento da ação fiscal, vez que não se justificaria a existência de dinheiro em Caixa, senão em razão da saída de mercadorias, exceto no caso de saldo do dia anterior, o que foi considerado na Auditoria de Caixa. Aduziu, ainda, que a autuação não se fundamenta em presunção, mas na comprovação de um ilícito devidamente circunstanciado, ao passo que a multa aplicada tem valor fixo estabelecido em função da natureza da infração apurada, independente do total das saídas, pugnando, ao final, pela Procedência do Auto de Infração.

A 3ª JF entendeu que a multa foi aplicada em decorrência da falta de emissão de notas fiscais nas operações de vendas de mercadorias a consumidor final, sendo lavrado o Termo de Auditoria de Caixa, não se justificando a arguição do recorrente de que no momento da ação fiscal, naquele horário, ainda não tinha vendido nada, exceto venda de pequena monta, como doces, salgados, argumentando que é permitido pela legislação emitir a nota fiscal no final do dia. Além disso, consubstanciou o seu *decisum* no fato de que *in casu* o Termo de Auditoria de Caixa constante do PAF constitui elemento de prova para caracterizar que o contribuinte estava realizando operação sem nota fiscal, sendo consignado pelo autuante o saldo do dia anterior e o total em dinheiro. Ao se confrontar o total de numerário do dia com o somatório dos valores de cupons emitidos, foi encontrada a diferença que resultou na aplicação da multa, cujo levantamento foi assinado pelo autuado, que no momento da ação fiscal não comprovou a diferença constatada, constituindo, assim, prova suficiente da falta de emissão de documentos fiscais pelas vendas realizadas a consumidor final, não se tratando a autuação de presunção, como alegado nas razões de defesa, haja vista que, segundo o seu entendimento, a multa foi aplicada em decorrência de infração à legislação, comprovada por meio de Auditoria de Caixa e o valor exigido está em consonância com a previsão legal (art. 42, inciso XIV, alínea “a”, da Lei n.º 7.014/96). Com esse fundamento, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Em seu Recurso Voluntário, o recorrente reitera integralmente as razões argüidas em sua defesa, pleiteando, ao final, o Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS opina no sentido de que é razoável a afirmação do recorrente, comerciante de mercadorias miúdas, de que até aquele momento só havia vendido doces, salgados, etc, com valores individualizados inferiores a R\$ 2,00, fato que, segundo a legislação vigente – art. 236, do RICMS, lhe permite emitir nota fiscal ao final do dia correspondente, relativa às vendas totais, notadamente porque a diferença de Caixa apurada foi de apenas R\$ 29,00, podendo ser decorrente de vendas em valores inferiores ao prescrito na legislação fiscal, como afirmado pelo recorrente. Daí ser favorável ao conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de elementos para a caracterização da infração, nos termos do art. 18, do RPAF.

VOTO VENCIDO (Quanto à preliminar de nulidade)

O recorrente é comerciante de mercadorias miúdas, aproveitando o espaço também para vender doces, salgados, etc, sendo absolutamente razoável a sua assertiva de que até aquele momento a diferença no importe de R\$29,00, tenha sido provocada em face da venda daquelas mercadorias cujo valor individualizado era inferior e R\$2,00, fato que facultaria ao recorrente emitir nota fiscal ao final do dia, correspondente às vendas totais das citadas mercadorias, à luz do quanto prescrito no art. 236, do RICMS/97.

Alio-me ao argumento do autuante no que concerne ao fato de que a existência de dinheiro no caixa, ressalvado o saldo do dia anterior, não se coaduna com outro fato senão o da saída de mercadorias. Todavia, fato é que as mercadorias que saíram, totalizando a diferença de R\$ 29,00, podem ter sido vendidas por valores inferiores ao consubstanciado na legislação, o que autorizaria o recorrente a emitir posteriormente o documento fiscal.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, concordando integralmente com o Parecer da PGE/PROFIS no sentido de que não restou comprovada a materialidade da infração, voto pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja declarada, em razão da

falta de elementos para a caracterização da infração (art. 18, do RPAF), a NULIDADE do Auto de Infração nº 09260099/04, lavrado contra VERA LÚCIA AMORIM PESSOA MARTINS.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)

O fato de ser constatada diferença de Caixa, mesmo de pequeno valor, revela o cometimento da infração. Por isso, não acolho o parecer opinativo da D. procuradora representante da PGE/PROFIS pela nulidade da autuação.

No mérito, também entendo que não é razoável a afirmação do recorrente, comerciante de mercadorias miúdas, de que até aquele momento só havia vendido doces, salgados, etc, com valores individualizados inferiores a R\$ 2,00, fato que, segundo a legislação vigente – art. 236, do RICMS, lhe permitiria emitir nota fiscal única ao final do dia correspondente, relativa às vendas totais, porque a autuada não demonstrou ter controle simplificado paralelo das vendas efetuadas para a emissão de nota fiscal única, ao final do dia.

Por todo o exposto, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja mantida a Decisão recorrida. No entanto, em que pese às bem fundadas observações do Conselheiro Álvaro Barreto Vieira, usando da prerrogativa deste Conselho de Fazenda de reduzir ou cancelar as penas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias, não tendo ficado evidenciadas fraude ou simulação e nem a falta de recolhimento do imposto, voto pela redução da multa para R\$50,00, com base no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **09260099/04**, lavrado contra **VERA LÚCIA AMORIM PESSOA MARTINS.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XIV-A, "a", da Lei nº 7014/96 acrescentado pela Lei nº 8534/02, a qual foi reduzida com base no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7014/96.

Quanto à preliminar de nulidade

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstói Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej e José Carlos Barros Rodeiro.

Quanto à redução da multa

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro e Tolstói Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Qt. à preliminar de nulidade)

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – VOTO VENCEDOR (Qt. à preliminar de nulidade)

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