

PROCESSO - A.I. Nº 207327.0022/04-6
RECORRENTE - CLÍDIO CETTOLIN COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0065-03/05
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 30/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0198-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DE CUPOM FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O procedimento do contribuinte não acarretou prejuízo ao Erário. Reduzida a multa para R\$50,00 de acordo com o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. **b)** CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente com o Acórdão nº 0065-03/05 lavrado em 11/11/04 para exigir o ICMS, no valor de R\$2.081,82, acrescido da multa de 70%, além de multa de R\$3.364,23, em decorrência de:

1. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte emitiu NF D-1 em substituição ao Cupom Fiscal sem apresentar fatos que justifiquem tal ação, conforme cópia do Livro de Ocorrência em anexo, sendo aplicado multa de R\$3.364,23.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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, relativo a uma venda realizada em 07/06/2003 em cartão de crédito no valor de R\$13.570,00 sem a emissão da nota fiscal e imposto devido de R\$2.081,82.

Julgado em Primeira Instância, o Auto de Infração foi declarado Procedente, pelas seguintes razões:

“O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito e o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito, além de multa de 5% sobre o valor do documento fiscal emitido em lugar daquele que estava obrigado o contribuinte.”

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo fato de que o autuante tipificou a infração como incursa no art. 824, “D”, II do RICMS/97 em vez do art. 824-B. Verifico que a descrição na fl. 01 indica “Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado” e o autuado compreendeu e se defendeu dessa acusação, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA.

No mérito, o autuado impugnou o lançamento alegando que “sucessivas quedas de energia” o motivaram a emitir nota fiscal de saída através de talonário, e não através do equipamento de controle fiscal. Verifico que, conforme alegado pelo autuado, não foi trazido ao processo nenhuma prova dessa alegação. A leitura “X” que indica falta de energia apresentada à fl. 49 data de 15/10/2004, que é posterior a ação fiscal e não pode ser acatada.

Quanto à alegação de que os documentos foram lançados e o imposto recolhido, ressalto que a infração indica multa aplicada pelo fato de o autuado ter emitido nota fiscal de venda a consumidor em lugar do cupom fiscal que estava obrigado a emitir, fato admitido pelo autuado conforme declarado no documento à fl. 46 de que “Ao comercializar estas mercadorias, a empresa emite a competente Nota Fiscal de Venda ao Consumidor, devidamente registrada e autenticada pela Secretaria de Fazenda Estadual, estando a empresa, também nesse aspecto, absolutamente regular”. Portanto, não se trata de exigência de imposto e sim multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96.

Segundo o disposto no art. 238, do RICMS/97 os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1 nas seguintes situações:

1. a Nota Fiscal Modelo 1, quando a legislação federal dispuser a respeito;
2. a Nota Fiscal de Venda à Consumidor (série D-1), quando houver solicitação do adquirente das mercadorias;
3. nas situações acima, o contribuinte deve emitir, também, o cupom fiscal através do ECF e anexar a 1ª via do cupom fiscal à via fixa do documento fiscal emitido (Modelo 1 ou Série D-1);
4. a obrigatoriedade de emissão do cupom fiscal de forma concomitante com a nota fiscal somente será dispensada caso haja, comprovadamente, sinistro ou o ECF apresente defeito técnico. Nessa situação, o contribuinte está autorizado a emitir a Nota Fiscal de Venda a Consumidor em substituição ao cupom fiscal.

Neste PAF o autuado não trouxe a comprovação de que emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais de venda a consumidor - série D-1, tendo admitido que todas as operações de venda foram feitas com Notas Fiscais de Venda à Consumidor.

Analizando as fotocópias de notas fiscais D-1 acostadas pelo autuante (fls. 22 a 30), constato que não há identificação em nenhuma delas da condição do adquirente, mas que pelas quantidades relacionadas infere-se que se trata de não contribuintes, o que caracteriza a obrigação da emissão do cupom fiscal, sendo correta a multa aplicada.

Quanto à infração 2, o autuado alegou, que se trata de operação de venda para entrega futura e foi efetuada através de cartão de crédito e a nota fiscal emitida sem destaque do ICMS no momento da venda estaria em conformidade com os art. 411, parágrafo único, combinado com o art. 412, ambos do RICMS/97, e que o imposto somente deverá ser lançado quando da efetiva saída da mercadoria, que habitualmente leva em torno de seis meses entre a data do pedido e a entrega da mercadoria.

O autuante por sua vez alegou que a venda através de cartão de crédito foi feita pelo autuado em junho de 2003 e até o momento da ciência da autuação em novembro de 2004 não ocorreu a efetivação da entrega da mercadoria.

Face ao exposto, entendo que caberia ao autuado apresentar a nota fiscal de venda para entrega futura vinculada a emissão do boleto do cartão de crédito e a nota fiscal da entrega efetiva da mercadoria com o destaque do imposto. Portanto, está caracterizada a infração apontada, consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, o que autoriza a presunção de ocorrência de saídas de mercadorias sem a documentação fiscal pertinente e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o autuado interpôs o Recurso Voluntário que ora se examina e reproduzo:

“DA PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE MULTA COM EFEITO CONFISCATÓRIO.

Um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório, sendo entendimento pacífico entre os tribunais que tal vedação aplica-se inteiramente às multas.

No caso em tela tal verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que utilizou-se de multa por descumprimento de obrigação acessória de forma confiscatória, uma vez que a empresa lançou todas as operações de saída de mercadorias no livro fiscal próprio e recolheu o imposto devido.

Além disso, foi ainda aplicada multa de 70% incidente sobre imposto no valor de R\$2.081,82.

E embora seja obrigatório para a Administração a observância dos princípios norteadores, sejam eles da Administração Pública, sejam princípios constitucionais tributários, no caso sem objeto a ação fiscalizadora desrespeitou o princípio constante no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

E não adianta argumentar que a Constituição Federal impede apenas a instituição de tributo com efeito confiscatório, não a multa confiscatória, que é apenas uma sanção pecuniária a um ato ilícito, pois mesmo que plausível fosse a hipótese da Constituição Federal apenas proibir a instituição de tributos com efeitos confiscatórios, ainda assim deveria a Administração obstar em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois não é razoável uma multa de 70% sobre o valor do suposto imposto devido, e menos ainda uma multa por descumprimento de obrigação acessória em valor tão vultoso, principalmente quando nenhum prejuízo sofreu a Fazenda Estadual pelo descumprimento da penalidade acessória, tanto mais que tal fato ocorreu por motivos alheios à vontade da empresa recorrente.

Com isso, demonstrado está que o nosso ordenamento jurídico não suporta a aplicação de multas como as utilizadas no caso sub judice, multas confiscatórias, com o claro intuito de absorver integralmente todo o patrimônio do contribuinte, rompendo, por conseguinte, com os princípios norteadores do Direito Tributário e da Administração Pública.

DO MÉRITO

No mérito, aduz o recorrente que o lançamento efetuado pela ação fiscal não corresponde à realidade dos fatos.

Com efeito, em relação à infração 01, mister se faz ratificar que a empresa recorrente deixou de emitir documento fiscal pelo equipamento de controle fiscal porque, no período, foi afetada por diversas quedas de energia elétrica, e quando tal fato ocorria outra opção não lhe restava a não ser emitir documento fiscal através de talonário fiscal.

Todavia, não deixou a empresario autuado de emitir documento fiscal e lançar as notas fiscais no livro Registro de Saídas de Mercadorias, não causando, assim, nenhum prejuízo para a Fazenda Estadual.

Diante disso, não pode a empresario recorrente ser penalizada pela emissão de documento fiscal diverso do documento fiscal emitido pelo equipamento de controle fiscal, porque tal fato ocorreu devido a caso fortuito, qual seja constantes quedas de energia elétrica na área, fato este que lhe causou prejuízos de outra ordem.

No que diz respeito à infração 02, reafirma a empresario autuado que não descumpriu o RICMS, uma vez que deixou de emitir nota fiscal referente à venda efetuada em 07/06/2003, no valor de R\$13.570,00, porque tratou-se de venda para entrega futura, o que ocorrem empresas que comercializam móveis projetados, personalizados.

Destarte, agiu a empresario autuado em conformidade com o disposto os artigos 411 e 412 do RICMS, porque a operação mercantil objeto da infração 02 refere-se a venda para entrega futura.

Diante disso, e reafirmando tudo quanto conta nas suas razões de defesa, a empresario autuado assim faz o seu pedido:

DO PEDIDO

Diante do exposto, e o recorrente requer seja o presente Recurso acolhido, para declarar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração impugnado. Na hipótese do Auto de Infração ser julgado procedente, que seja a vultosa multa de 70% (setenta por cento) reduzida para o percentual considerado legal pela mais alta Corte de Justiça, qual seja 30%, consoante os julgados aqui transcritos, como também que seja reduzida a multa decorrente de descumprimento de penalidade acessória.”

A PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, afirma que o Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão de 1^a Instância volta a arguir a mesma questão constitucional de utilização de multa, com efeito confiscatório e requerer a improcedência da autuação sob os mesmos argumentos já expendidos em sua manifestação inicial, que o autuante não considerou fatos trazidos em defesa, relativos à emissão de documentos fiscais em substituição aos cupons fiscais por estar avariado o seu equipamento e em relação à infração 2 que é loja de móveis e que realiza vendas para entrega futura nos estabelecimentos seus clientes. A seguir acrescenta:

“Analisando os argumentos recursais de logo afastamos a argüição de falha no julgamento realizado, o qual está a salvo de erros e imperfeições, foi realizado com base legal e toda a documentação já constante dos autos foi analisada pelo julgador. A conclusão a que se chega é a mesma da 1^a Instância, as vendas realizadas a consumidor final sem emissão de cupom fiscal, efetivamente ocorreram e de forma irregular, pois se trata de contribuinte usuário de ECF e que ressalvadas as hipóteses legais, quando emitidas notas fiscais série D-I, devem ocorrer juntamente com a emissão do respectivo cupom fiscal, essa operação está irregular e não é provado nos autos que houve procedimento do contribuinte tendente a restaurá-la.

A segunda infração pode ser apreciada sob a mesma ótica, qual seja, a falta de prova da inocorrência da infração, ou seja, o recorrente alega que realizou venda para entrega futura, a qual se fez com documento fiscal próprio e diverso do cupom fiscal, nada é trazido aos autos que comprove o que foi alegado pelo recorrente.

Assim, nossa análise é que estes argumentos trazidos ao Recurso não têm provas e nem fundamento, pois se trata de um lançamento efetuado com base no art. 4º da Lei nº 7.014/96, o qual autoriza à fiscalização efetuar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto sempre que for detectada a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, essa presunção é relativa e pode ser elidida, com

apresentação de prova em contrário pelo contribuinte e nesse caso seria a nota fiscal que acobertava a referida saída, emitida pelo estabelecimento.

Ante o exposto, pela falta de comprovação por parte do recorrente, resta solidificada a presunção autorizada em lei e válida a ação fiscal e em relação ao Recurso Voluntário interposto que devolveu a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho de Fazenda, não deve ser Provido, pois as razões oferecidas pelo recorrente não proporcionam a modificação do julgamento.”

VOTO

Na assentada do julgamento a digna representante da PGE/PROFIS, declarou que refletindo sobre o processo e diante de análise apurada sobre a multa aplicada referente ao item 1, opina pela redução da mesma para uma multa fixa de R\$50,00, amparada pelo art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Concordo plenamente com a representante da PGE/PROFIS quando diz que analisando os argumentos recursais, de logo afasta a argüição de falha no julgamento realizado, o qual está a salvo de erros e imperfeições, porque foi realizado com base legal e toda a documentação já constante dos autos foi analisada pelo julgador.

A segunda infração pode ser apreciada sob a ótica, de falta de prova da inocorrência da infração, ou seja, a recorrente alega que realizou venda para entrega futura, a qual se fez com documento fiscal próprio e diverso do cupom fiscal, mas, nada é trazido aos autos que comprove o que foi alegado pelo recorrente.

Assim, nossa análise é que estes argumentos trazidos ao recurso não têm provas e nem fundamento, pois se trata de um lançamento efetuado com base no art. 4º da Lei nº 7.014/96, o qual autoriza à fiscalização efetuar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto sempre que for detectada a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, essa presunção é relativa e pode ser elidida, com apresentação de prova em contrário pelo contribuinte e nesse caso seria a nota fiscal que acobertava a referida saída, emitida pelo estabelecimento.

Ante o exposto, pela falta de comprovação por parte do recorrente, resta solidificada a presunção autorizada em lei e válida a ação fiscal.

Em relação ao Recurso Voluntário interposto que devolveu a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho de Fazenda, voto pelo NÃO PROVIMENTO, mas, que se modifique o valor da multa aplicada constante no item 1 para R\$50,00, com base no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, mantendo a PROCEDÊNCIA INTEGRAL do item 2.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à Redução da Multa)

Entendo cabível, neste caso, a redução da penalidade com suporte no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, cuja redação autoriza o órgão julgador, nas multas por descumprimento de obrigações acessórias, reduzi-las ou cancelá-las, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. No caso presente não restou demonstrado que o contribuinte tenha deixado de pagar tributo em relação aos documentos fiscais emitidos. Além disso, é razoável se admitir como verossímil as informações do recorrente de que seu estabelecimento, localizado em zona da cidade sujeito a sucessivas quedas de energia, tenha ficado impossibilitado de usar o equipamento emissor de cupom fiscal em repetidas ocasiões. Nestas situações de caso fortuito, não resta outra alternativa ao contribuinte senão emitir a nota fiscal para dar cobertura às operações de saídas de mercadorias.

Todavia, discordo do Sr. relator em relação, apenas, ao montante da redução da multa aplicada no item 1 da autuação, pois em se tratando de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto a penalidade há de ser dosada de forma diferenciada em comparação aos contribuintes de menor capacidade contributiva. Considerando precedentes desta segunda Câmara, envolvendo redução de multas por descumprimento de obrigações acessórias a empresas do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), que em casos análogos dimensionou o ajuste da penalidade em questão para R\$50,00, entendo, que na presente lide, a penalidade deve ser reduzida para o valor de R\$100,00, a fim de se ajustar a Decisão aos ditames do princípio da capacidade contributiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 207327.0022/04-6, lavrado contra **CLÍDIO CETTOLIN COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.081,82**, 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\$50,00**, reduzida com base no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Hilton de Souza Cruz, José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira e Fauze Midlej.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à Redução da Multa): Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO (Quanto à Redução da Multa)

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ - RELATOR

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