

PROCESSO - A. I. Nº 1172270014/04-6
RECORRENTE - CASA DAS FARINHAS DA ROÇA LTDA. (CASA DAS FARINHAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0125/05
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 27/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0359-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. **a)** DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas 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. **b)** EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. 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, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Infração caracterizada. Não acatado o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime quanto à infração 1 e unânime em relação à infração 2.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/04 para exigir o ICMS, no valor de R\$12.619,76, acrescido da multa de 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.872,87, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento da venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito – R\$12.619,76;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado – multa de R\$1.872,87.

Ao decidir a lide, a Junta de Julgamento Fiscal proferiu o seguinte voto:

“Inicialmente, rejeito o pedido de perícia a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Deixo de acatar, ainda, a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em obediência às normas legais, atendendo às formalidades previstas no artigo 39, do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na infração 1 exige-se o imposto em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito.

O contribuinte impugnou a autuação alegando que “as vendas totais declaradas pelo autuado sempre superaram as informadas pelas administradoras de cartão de crédito”, conforme as DMAs apresentadas e a tabela que elaborou, não podendo, em seu entendimento, ser aplicada a presunção insculpida no inciso VI do § 3º do artigo 2º do RICMS/97.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “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 apresentou uma interpretação do acima transcrito dispositivo legal, segundo a qual devem ser incluídos todos os valores de vendas realizadas, não importando a modalidade de pagamento (dinheiro, cheque, ticket ou cartões de débito ou crédito), para efeito de confrontação com os montantes fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito.

Entendo que não pode ser aceito o argumento defensivo, embora reconheça que não está explícito, na redação do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que o confronto deva ser feito entre as vendas por meio de cartões de crédito ou débito e os montantes de pagamentos realizados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito e informados à Secretaria da Fazenda.

Pergunto que utilidade haveria em a fiscalização buscar, junto às administradoras de cartões de crédito, as informações sobre os valores dos pagamentos realizados por elas, aos estabelecimentos comerciais pelas vendas por meio de cartão de crédito, se o confronto fosse feito com os valores de todas as vendas realizadas por esses estabelecimentos comerciais (seja em dinheiro, cheque, ticket, cartões de crédito etc.). Estar-se-ia comparando elementos completamente diversos sem que se pudesse chegar a nenhuma conclusão.

*A função do julgador é interpretar a legislação de forma a lhe conceder um sentido prático, em face das demais regras existentes no ordenamento jurídico. Sendo assim, considero que somente há uma possibilidade de se interpretar a presunção insculpida no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, concernente a este Auto de Infração: presume-se a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis realizadas sem a emissão de documentos fiscais, ressalvada ao contribuinte a prova de sua improcedência, sempre que o contribuinte declarar a realização de vendas de mercadorias **por meio de cartões de crédito e/ou de débito** em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.*

O sujeito passivo afirmou, ainda, que muitas das vendas realizadas por meio de cartão de crédito foram registradas no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) como vendas à vista, todavia, não trouxe aos autos nenhuma prova de suas alegações. Sendo assim, deve ser aplicada a regra do artigo 142, do RPAF/99: “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”

Finalmente, o autuado argumentou que atua como mercadinho e cerca de 50% das mercadorias que comercializa, ou estão enquadradas no regime de antecipação tributária ou são isentas e não tributáveis e, portanto, pleiteou a aplicação do critério da proporcionalidade na apuração do ICMS devido.

Não obstante ter trazido o Acórdão JF nº 0215-01/02, exarado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para respaldar sua posição, entendo que tal proporcionalidade não pode ser aplicada, em face da legislação e da jurisprudência dominante neste CONSEF.

*Observo que, de acordo com o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, constatando-se a ocorrência de declaração de vendas realizadas pelo contribuinte, por meio de cartões de crédito ou débito, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, presume-se a existência de omissão de saídas de mercadorias **tributáveis** sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não foi feito na presente lide. Não cabe ao julgador pressupor que parte das saídas de mercadorias omitidas eram não tributáveis, sob pena de sobrepor uma presunção pessoal à presunção estabelecida em lei. Por tudo quanto foi exposto, entendo que deve ser mantido o valor do débito exigido.*

Na infração 2 exige-se a multa de 5% do valor das operações pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF nas situações em que está obrigado, no período de fevereiro de 2003 a abril de 2004.

Destaco que a matéria está disciplinada no artigo 238, do RICMS/97, de modo que 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, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal.

Quando solicitado pelo adquirente da mercadoria, os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal também podem emitir notas fiscais, porém, neste caso, deve ser extraído, concomitantemente, o cupom fiscal e 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.

O autuado alegou que normalmente falta energia elétrica, o que o leva a emitir a nota fiscal em lugar do cupom fiscal, todavia, não trouxe as provas de que, no período fiscalizado, estava impossibilitado de utilizar o ECF, razão pela qual emitiu as notas fiscais referidas, em substituição ao cupom fiscal, ou que também emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais. Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração 2, devendo ser aplicada a penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, já que os valores não foram contestados pelo sujeito passivo.

Quanto ao pedido de conversão do imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória, com arrimo no princípio da equidade, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal se pronunciar a respeito, uma vez que tal competência foi conferida à Câmara Superior, nos termos do § 1º do artigo 169, do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

No Recurso Voluntário o contribuinte contesta a Decisão de 1ª Instância, informando que as vendas totais declaradas pelo autuado sempre superaram o montante informado pelas administradoras de cartão de crédito. Aponta que a infração que lhe foi imputada não encontra guarida na legislação vigente, pois o tipo não se encontra descrito no Regulamento do ICMS. Declara, também, que muitas das vendas por cartão foram registradas como vendas à vista, sem

qualquer prejuízo para o Estado quanto à arrecadação do ICMS. A questão se converteria numa infração de caráter formal.

Destaca, como questão de ordem, que o CONSEF, através de sua Câmara de Julgamento Fiscal, em sessão realizada no dia 28/04/2005, entendeu que o § 7º, do art. 238 do RICMS/97, foi acrescentado pela alteração nº 51, aprovada pelo Decreto nº 8.882, de 20/01/2004, e que somente a partir desta data é que se torna possível exigir do contribuinte que indique no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação. Exemplifica a situação verificada no PAF nº 128859.0002/04-1, julgado na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Com relação à infração nº 2, diz que a acusação não pode prosperar pela própria natureza eventual do fato, pois em face da localização de seu estabelecimento, no Alto da Santa Cruz, no bairro de Nordeste de Amaralina, há, normalmente, falta de energia elétrica, o que torna necessário que se emita nota fiscal em substituição ao cupom fiscal. Com base no princípio da equidade, suplica que a presente infração seja convertida em descumprimento de obrigação acessória no valor de 1 UPF-BA.

Requer, ao final, que o item 1 do Auto de Infração seja declarado Improcedente.

A Procuradoria Estadual, ao se manifestar nos autos, afirmou, em relação à infração 1, que somente a partir da edição do Decreto nº 8.882/04 passou a ser obrigatória a discriminação do meio de pagamento no cupom fiscal emitido por ECF. Considerando que o referido Decreto entrou em vigor em janeiro de 2004, opinou pela improcedência da autuação em relação ao período anterior à vigência da norma regulamentar. Quanto à infração 2, declarou que as razões do recorrente são plausíveis e razoáveis, mas desprovidas de provas capazes de conduzir à improcedência. Afasta a possibilidade de redução ou exclusão da multa exigida.

VOTO

O contribuinte inicialmente sustenta que as vendas totais do estabelecimento superam o valor das operações via cartão de crédito, para efeito de confrontar com os montantes informados pelas empresas de administração de cartão de crédito. Visa comparar bases heterogêneas. Essa postulação não tem respaldo legal, pois o § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 determina que o confronto deve ser feito entre as vendas através de cartão de crédito ou débito, e os valores acumulados no totalizador do equipamento emissor de cupom fiscal. Caberia ao contribuinte registrar as vendas através de cartão, de forma a separar as vendas por outros meios de pagamento, inclusive dinheiro, conforme estava estabelecido na legislação, desde 01/01/2003, conforme Decreto nº 8435/03, que promoveu a alteração nº 39 ao RICMS/97. Portanto, não se sustenta a alegação de que muitas vendas através de cartão crédito foram registradas em dinheiro, se não há suporte documental que ateste este fato.

Cabe ainda registrar que o § 3º, do art. 824-E, do RICMS, com a redação dada pela alteração nº 39, com efeitos a partir de 01/01/2003, acima mencionado, já estabelecia a seguinte regra:

Art. 824-E - ...

...

§ 3º O contribuinte que receber como meio de pagamento cartão de crédito ou de débito deverá informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o comprovante não seja impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número sequencial do equipamento no estabelecimento, devendo o tipo do documento fiscal emitido ser indicado por:

I - CF, para Cupom Fiscal;

II - BP, para Bilhete de Passagem;

III - NF, para Nota Fiscal;

IV - NC, para Nota Fiscal de Venda a Consumidor;

Portanto, fica afastada a alegação do contribuinte de que somente a partir da edição do Decreto nº 8.882/04, com efeitos a partir de janeiro de 2004, passou a ser obrigatória a discriminação do meio de pagamento recebido. A Decisão do CONSEF citada pelo contribuinte, originária da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, foi proferida “*contra legem*” e já se encontra superada por decisões mais recentes desta corte administrativa.

Quanto à infração 2, o contribuinte declarou que as sucessivas faltas de energia elétrica no bairro onde funciona a empresa, no Alto de Santa Cruz, no Nordeste de Amaralina, impõem a emissão de nota fiscal em substituição à nota fiscal, razão pela qual deve ser afastada a penalidade ou aplicada a multa de 1 UPF-BA, com base no princípio da equidade. Apesar das alegações do recorrente serem plausíveis e razoáveis, conforme foi observado pela Procuradoria Estadual no Parecer acostado aos autos, as mesmas não se encontram revestidas de provas capazes de demonstrar a veracidade das afirmações.

Assim, com a fundamentação acima alinhavada, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à infração 1 e, por unanimidade em relação à infração 2, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 1172270014/04-6, lavrado contra **CASA DAS FARINHAS DA ROÇA LTDA. (CASA DAS FARINHAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.619,76**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$1.872,87**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da citada Lei.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Antonio Marques Ribeiro, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS