

PROCESSO - A. I. N ° - 206921.0010/05-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BIM GRILL RESTAURANTE E CHURRASCARIA LTDA. (BIM GRILL)
RECORRIDOS - BIM GRILL RESTAURANTE E CHURSCARIA LTDA. (BIM GRILL) e FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF nº 0356-04/05
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 10/02/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0021-11/06

EMENTA: ICMS. 1. 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 parcialmente elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE ECF. Reduzido o valor da multa, com base no §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Modificada a decisão recorrida. Infração parcialmente caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, o primeiro a 4ª JJF recorre da presente Decisão para o CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99. Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo visa reformar a Decisão exarada através acórdão nº 0356-04/05 que acatou em parte o Auto de Infração nº 206921.0010/05-1, que imputou o autuado ICMS e multas no valor total de R\$56.081,86, em virtude das seguintes ocorrências:

- 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 administrativa de cartão de crédito.
- Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado apresenta defesa tempestiva, às fls. 30 a 40, argumentando que no dia 21/12/2004, foi lavrado o Auto de Infração nº 206991.0022/04-4 pela auditora fiscal Lednalda Reis Santos contra a empresa, referente ao mesmo período a que se refere a presente lide.

Acrescenta que, ao comparar as duas autuações pode-se constatar divergências de valores, havendo superposição de cobrança de tributos que já haviam sido auditados e parcelados.

No segundo exercício fiscalizado pelo auditor Marcus Vinicius existe acréscimo de quatro meses, quais sejam: setembro, outubro, novembro e dezembro. Ocorre que nesse período não foi levado em consideração às bases de cálculos utilizadas para o recolhimento do ICMS, apurando apenas as vendas registradas na redução “Z”.

Continuando o autuado diz que numa clara demonstração de boa fé, sua contabilidade apurou valores superiores aos registrados na redução “Z” e efetuou recolhimentos sobre estes valores, conforme demonstrativo apresentado, à folha 35.

Quanto à infração 2, aduz que a empresa emitiu a nota fiscal série D-1, em substituição ao respectivo cupom fiscal, por exigência única e exclusiva de seus clientes, sendo que, devido a falta de cumprimento de obrigação acessória teve um tratamento punitivo enquadrado pelo autuante se não equivocado, ao menos bastante exacerbado, pois pune a empresa de forma mais severa, ou seja, pagamento do imposto devido no valor de 5% da receita registrada mais uma penalidade no valor também de 5% do valor registrado na nota fiscal.

Ressalta que tal penalidade é extremada, pois acarreta uma multa de 100% do valor do imposto e essa atitude caracteriza uma desproporção enorme, ou seja, é menos penoso para a empresa o não registro das saídas do que o registro em outra nota fiscal.

Ao finalizar, pede que seja considerado e acolhida as seguintes ponderações:

- I. Seja julgado parcialmente procedente o presente Auto de Infração, considerando apenas o período não arrolado no primeiro Auto de Infração, meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004 e que nesses meses sejam utilizadas as reais bases de cálculo do ICMS.
- II. Seja julgada totalmente improcedente a infração 2, por ser extremamente prejudicial ao contribuinte, ferindo Princípios Gerais de Direito Tributário.

O autuante, ao prestar sua informação fiscal, à folha 72, esclarece o seguinte:

Infração 1: Requer que seja desconsiderado desta ação fiscal o período anterior fiscalizado, ou seja, de 01/01/2003 a 31/08/2004 para que não ocorra bi tributação, mas concordando com os valores levantados nos meses não incluídos na fiscalização antecedente (de setembro a dezembro de 2004).

Infração 2: Informa que o autuado não apresentou elementos de prova que justificasse a elisão da multa.

Por fim, solicita redução da infração 01 e a manutenção da infração 02, reduzindo o valor global da autuação para R\$12.989,35.

A JJF concorda com as alterações sugeridas pelo auditor autuante quanto à infração 1, pois comprovado está que houve superposição de períodos auditados. Quanto à infração 2 confirma que está caracterizada a multa em razão de emissão de outro documento fiscal em lugar do decorrente do uso do ECF, nas situações em que está obrigado.

Sobre os valores das bases de cálculo utilizadas para o recolhimento do ICMS nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro, informa o relator que o argumento defensivo não deve ser acolhido uma vez que o autuante utilizou em seu levantamento os valores constantes da redução “Z” apresentados pela empresa.

Ressalta ainda, que a multa está prevista na Lei nº 7.014/96 e é decorrente de vendas em notas fiscais sem a anexação do cupom fiscal à via da nota em poder do contribuinte, e sem comprovação da impossibilidade de emissão de cupom fiscal, conforme prevê a legislação em vigor.

De modo que, levando-se em conta os argumentos acima esposados vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, nos seguintes valores: infração 1 - R\$10.713,44 e infração 2 - R\$2.275,87.

Não concordando com a Decisão recorrida, vem o autuado, ora recorrente, em sede de Recurso Voluntário recorrer contra o que resume o Acórdão JJF nº 0356-04/05. Em primeiro plano diz que a Decisão foi correta ao afastar, em relação à infração 1, o período de 01/2003 a 08/2004. Entretanto, no que concerne a base de cálculo para determinação do valor do imposto a ser recolhido, diz o recorrente através de seus advogados legalmente constituídos, merece reparos não tendo fundamento a Decisão, ao não levar em consideração os argumentos da empresa autuada.

Aduz que no segundo exercício fiscalizado, setembro a dezembro de 2004, o auditor não levou em consideração as bases de cálculos utilizadas para o recolhimento do ICMS, apurando apenas as vendas registradas na redução Z. Diz adiante, que seus funcionários embora treinados para sempre emitirem os cupons fiscais, independentemente do cliente aceitar ou não, porém erros ocorrem, entretanto, numa clara demonstração de boa fé a empresa apurou os valores superiores aos registrados na redução Z, efetuando o recolhimento sobre esses valores.

Concluindo que a real diferença do ICMS devido é R\$7.905,33.

No que trata da infração 2: Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Quanto à afirmação do autuante de que o autuado não apresentou elementos de provas que justificasse a elisão da multa, diz o recorrente que embora não tenha apresentado elementos de provas para elidir a multa, o que se discute é a nulidade da imposição e o cabimento da punição, uma empresa que deixa de emitir cupons fiscais, não cumprindo assim uma obrigação principal, deixa de apurar e recolher imposto devido. Esse contribuinte teria tratamento mais brando, ou seja, apurar-se-ia a base de cálculo, cobrar-se-ia o ICMS devido, (5%) e aplicar-se-ia a multa de 70% que, por sua vez poderia ser reduzida em até 80%, acarretando para a infratora um acréscimo de aproximadamente 14% sobre o valor do imposto.

Diferentemente do autuado, que emitiu nota fiscal talão D1, para atender a soberana vontade do cliente, deixando de emitir cupom fiscal, tendo incorrido em descumprimento de obrigação acessória, por isso recebeu severa penalidade, com o pagamento de 5% sobre a receita registrada, mais 5% aplicados sobre o valor registrado na nota fiscal, acarretando multa equivalente a 100% do valor do imposto, em enorme desproporção, fazendo-se admitir que o auditor reconhece ser menos penoso para a empresa o não registro das saídas, do que o registro em outra nota fiscal.

Requer finalmente, que seja dado tratamento correto na determinação da base de cálculo do ICMS a ser pago, conforme está demonstrado nas planilhas trazidas aos autos, bem como a multa que trata a infração 2, por julgar extremamente prejudicial ao contribuinte, ao ferir princípios gerais do Direito Tributário.

A representante da PGE/PROFIS, após tecer considerações sobre a superposição dos períodos fiscalizados, afirma que foi correta a atitude da 4ª JJF ao desconsiderar da presente autuação, o período anteriormente fiscalizado, pois se assim não fosse, cometer-se-ia bitributação, não admissível no contexto tributário. Contudo opina, permanece válida a infração 1 no período entre setembro e dezembro de 2004. Aqui, afirma a ilustre procuradora, o autuante utilizou a diferença encontrada entre as reduções Z e as informações das administradoras de cartões de créditos ou débitos, para configurar a presunção de ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis não elidida pelo sujeito passivo. No que tange a multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória, infração 2, entendeu a representante da PGE/PROFIS, que a emissão de outro documento fiscal em lugar do cupom fiscal deu motivo ao autuante aplicar a pena, prevista pela legislação estadual, conforme prevê o art. 42, XIII-A, h, da Lei nº 7.014.

Diante do que foi exposto opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para que prevaleça a Decisão de 1ª Instância.

VOTO

O Auto de Infração em comento, em princípio lavrado para cobrar ICMS no valor total de R\$56.081,86, teve como fundamento:

- 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 administrativa de cartão de crédito.

- Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A infração 1 mereceu impugnação do autuado, que trouxe provas aos autos de que tratava-se de um equívoco do fisco o período fiscalizado, uma vez que em outra oportunidade já houvera sido fiscalizado e o período compreendido entre 01/01/2003 e 31/08/2004 constou de anterior ação fiscal, já equacionada.

O próprio autuante em sua informação fiscal, fl. 72 corrigiu o equívoco reduzindo o valor do ICMS a ser cobrado para R\$10.713,44, posição ratificada pela douta 4ª JJF, que recorreu de ofício a esta Câmara, conforme reza o art. 169, I, “a”, item I, do RPAF.

Já na infração 2, quando a autuante deixou de emitir cupons fiscais e em seu lugar emitiu notas fiscais talão série D1, por exigência dos clientes, foi-lhe aplicada severa penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória.

Com relação à infração 1, refeito o equívoco da superposição de períodos fiscalizados, concordo com a Decisão exarada pelo JJF, por entendê-la justa e adequada a realidade analisada. Já com referência à infração 2, acolho as justificativas do recorrente por entender que o descumprimento de obrigação acessória não deve onerar de tal sorte a parte, que lhe permita comparar, concluir, que a sonegação é menos onerosa que uma troca de emissão de documento fiscal, ainda quando seja exigência do cliente.

De modo que amparado no que estabelece o RPAF: *“As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenha sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento do tributo”*, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, estabelecendo multa de R\$500,00, pelo descumprimento da obrigação acessória.

Quanto ao Recurso de Ofício NEGOU PROVIMENTO para que seja mantida a Decisão da 4ª JJF, que reduziu o valor do imposto registrado no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206921.0010/05-1, lavrado contra **BIM GRILL RESTAURANTE E CHURRASCARIA LTDA. (BIM GRILL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.713,44** acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa no valor de **R\$500,00**, com os devidos acréscimos moratórios, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, aplicando a redução prevista no § 7º, do mesmo artigo e lei citados.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2006.

ANTÔNIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN BALEEIRO RODRIGUES – REPR. PGE/PROFIS