

PROCESSO - A. I. Nº 206921.0007/05-0
RECORRENTE - D.M.V. - COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0163-05/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0445-11/06

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA À CONSUMIDOR, EM SUBSTITUIÇÃO AO CUPOM FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A legislação prevê a multa de 5% 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, salvo em decorrência de sinistro ou razões técnicas. Comprovada pelo contribuinte suas alegações da impossibilidade da emissão do cupom fiscal. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 5ª JJF – Acórdão JJF nº 0163-05/06, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual foi lavrado em razão das seguintes infrações:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de dezembro de 2003, janeiro, maio, julho, agosto, setembro e dezembro de 2004, com ICMS exigido de R\$ 1.321,89.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003 e 2004, com multa no valor de R\$ 6.026,82, correspondente a 5% do valor da operação.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 7.014,03, sendo R\$ 1.150,70, relativo ao ICMS, e R\$ 5.863,33, inerente à multa, por entender que, em relação à primeira infração, o autuado não apresentou qualquer elemento que pudesse comprovar a improcedência da presunção legal.

Contudo, quanto à sua alegação de que já havia sofrido autuação anterior relativa a um mesmo período, conclui que assiste razão ao contribuinte, fato reconhecido pelo autuante que concordou com a exclusão dos valores exigidos nos meses de dezembro/03 e janeiro/04, já que foram exigidos em montantes inferiores a uma ação fiscal realizada anteriormente. Assim, reduz o valor exigido para R\$ 1.150,70.

No tocante à segunda infração, ressalta a JJF que para serem aceitas as emissões de notas fiscais em substituições aos cupons fiscais, os fatos devem ser, obrigatoriamente, registrados, conforme determina o art. 238, II, §§ 1º e 2º e art. 329, § 5º do RICMS.

Entende que o autuado comprovou apenas a ocorrência de intervenções técnicas nos dias 17 a 20/12/2004 (fl. 30) e no dia 24/09/2004 (fl. 31). Assim, após exclusão das multas nos referidos dias, os valores a serem exigidos nas competências de setembro/04 e dezembro/04, passam a ser de R\$ 271,62 e de R\$ 438,24, respectivamente.

À fl. 73 dos autos, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, onde ressalta que:

1. *“O referido auto mais uma vez, cobra infração de um período que já foi motivo de fiscalização entre Janeiro e Dezembro/2003 até Março/2004, o que resultou em pagamento do Auto de Infração nº 2329530019/04-1, conforme já anexado aos autos do processo. O autuante, somente excluiu os valores de **Dezembro de 2003 e Janeiro de 2004**, conforme fls. 34”.*
2. *“Determina o art. 238, II, §§ 1º e 2º e art. 329, § 5º do RICMS/97, que para serem aceitas as emissões de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal, devem ser obrigatoriamente registrados.*

*Aconteça que foram anexados aos autos comprovantes de ocorrência técnica no dia 17 a 20/12/2004 e 24/09/2004, **porém a pane do computador ocorreu um dia antes de ser levado ao suporte técnico**, ou seja, dia 16/12 e 23/09. Pois fica impossível danificar o computador, levá-lo ao conserto e instalá-lo no estabelecimento, tudo isso no mesmo dia.*

*Ademais, foi apresentado relatório do Condomínio, fls. 46 e 47, onde comprova a ocorrência de 9 (nove) quedas de energia em apenas seis meses, ou seja, o autuado **registrou a incidência de motivo que justifica o uso do talão de nota fiscal D1** ao invés do ECF, conforme determina a referida lei. Afinal foi demonstrado que a queda de energia trava, desliga ou reinicia o computador, o que não necessita de intervenção técnica, porém impossibilita o seu uso naquele dia.”*

Assim, requer que sejam excluídos os valores referentes a janeiro/2003 até março/2004. Que sejam incluídos os dias 16/12 e 23/9, como início da pane no computador e por fim, que sejam considerados os dias de queda de energia como justificativa para o uso do talão D1, para que se possa calcular o devido valor do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, às fls. 99 e 100, opina pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário, por entender que a alegação instilada pelo recorrente em relação à infração 1, relativa a duplicidade de lançamento sobre o mesmo fato gerador, não merece guarida, pois os valores lançados em duplicidade já foram depurados, restando, assim, intactos os demais.

Quanto à infração 2, aduz, em face do disposto no art. 238, § 2º, do RICMS/BA, que a emissão de outro documento por contribuintes do ECF, senão àqueles emitidos por intermédio do ECF, só poderá ser realizado quando demonstrado a ocorrência de sinistro ou por motivos técnicos. Ressalta que, consoante expôs o recorrente, a razão para a emissão da Nota Fiscal de Venda ao Consumidor se deu por motivo de problemas técnicos engendrados por falta de energia, contudo, em que pese ser o fato relatado constitutivo do seu direito em emitir outro documento fiscal, o autuado não se desincumbiu em fazer prova completa das ocorrências da suposta falta de energia em todo período. Conclui que *“quem alega e nada prova, nada diz.”*, e que não há como se acolher a tese de defesa.

VOTO

No Recurso Voluntário, quanto à primeira infração, relativa à omissão de saídas de mercadorias tributadas 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, o recorrente requer que sejam excluídos os valores referentes a janeiro/2003 até março de 2004, por terem sido objeto de ação anterior, na qual resultou o Auto de Infração de nº. 232953.0019/04-1 (fls. 25/26).

Do cotejo do referido Auto de Infração com o lançamento de ofício, ora em análise, verifico que os únicos meses coincidentes entre os dois são: dezembro/2003 e janeiro/2004, os quais já haviam

sido excluídos pelo autuante, quando da sua informação fiscal, fato este corroborado na Decisão recorrida, o que reduziu o valor originalmente reclamado de R\$ 1.321,89 para R\$ 1.150,70, relativo aos demais meses.

Logo, comungo com o Parecer da PGE/PROFIS de que “...relativa a duplicidade de lançamento sobre o mesmo fato gerador não merece guarida, pois os valores lançados em duplicidade já foram depurados do presente, restando, assim, intactos os demais.”

No tocante à segunda infração, a Decisão recorrida foi de excluir a multa relativa aos dias 24/09/04 e 17 a 20/12/04, por entender que restou comprovada a ocorrência de intervenções técnicas no ECF, e a conseqüente impossibilidade de emissão de cupom fiscal.

Contudo, em seu Recurso Voluntário, o recorrente requer que sejam incluídos os dias 16/12/04 e 23/9/04, como início da pane no computador e por fim, que sejam considerados os dias de queda de energia como justificativa para o uso do talão D-1.

Considero razoável a pretensão do contribuinte, pois é notória a impossibilidade da emissão dos cupons fiscais quando ocorre queda de energia, fato este devidamente documentado à fl. 49 dos autos, como também considero justificável seu argumento de incluir os dias 23/09/04 e 16/12/04, por se tratarem dos dias em que iniciou a pane no computador, conforme intervenções técnicas subsequentes.

Diante de tais considerações devem-se excluir do levantamento original os valores da multa correspondentes aos dias: 21 e 22 de julho/04; 15 de setembro/04; 15 de outubro/04; 5 e 19 de novembro/04; 2 e 17 de dezembro/04, por interrupções no fornecimento de energia elétrica, além dos dias: 23 e 24 de setembro/04 e 16 a 20 de dezembro/04, devido a pane no computador e intervenções técnicas, conforme a seguir:

ERRATA INFRAÇÃO 02 (Fonte: fls. 2; 25; 30; 31 e 42 do PAF)							
Período 2004	Base de Cálculo A.I.	Exclusão p/ Interrupção		Exclusão p/ Intervenção		Base de Cálculo Apurada	Valor da Multa 5%
		Valor	Ref. Dias	Valor	Ref. Dias		
JUL	3.536,00	280,90	21 e 22	-		3.255,10	162,76
SET	5.462,57	462,00	15.	512,90	23 e 24	4.487,67	224,38
OUT	4.862,70	385,10	15.	-		4.477,60	223,88
NOV	5.134,55	307,00	5 e 19	-		4.827,55	241,38
DEZ	12.004,74	733,30	2 e 17	4.758,50	16 a 20	6.512,94	325,65
						TOTAL ERRATA:	1.178,05
						TOTAL MESES DIVERSOS:	4.476,82
						TOTAL APURADO:	5.654,87

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, no tocante à infração 2, reduzindo a multa exigida para o montante de R\$ 5.654,87.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206921.0007/05-0**, lavrado contra **D.M.V. - COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.150,70**, 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\$5.654,87**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da referida lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da edição da Lei nº. 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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