

A. I. N ° - 281317.0020/05-7
AUTUADO - AL TOURINHO LTDA.
AUTUANTE - JONEY CÉSAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ/IGUATEMI
INTERNET - 05/04/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0096-03/06

EMENTA: 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA À CONSUMIDOR. De acordo com o Regulamento do ICMS a emissão de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal pelo contribuinte que utiliza equipamento de controle fiscal só é admitida em situações especiais de impossibilidade justificada de impedimento de uso do equipamento, ou a pedido do comprador. O autuado reconheceu a ocorrência da infração, solicitando o cancelamento da multa aplicada, conforme preconiza o art. 158 do RPAF. Mantida a multa por não restar comprovado os requisitos que a lei impõe para tanto. 2. 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. Refeitos os cálculos, considerando que parte do débito estava quitada através de denúncia espontânea. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2005, para constituir o crédito tributário no valor de R\$ 17.590,57, em razão das seguintes irregularidades:

01 – Emitiu outro documento em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações que está obrigado. Valor da multa R\$ 12.905,61.

02 – Omissão de saídas de mercadoria tributada, 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 administrativa de cartão de crédito. Valor do débito R\$ 4.684,96.

O autuado, às folhas 103/107, após transcrever as infrações que lhe são imputadas, argumenta, no tocante a infração 01, que embora tenha emitido Nota Fiscal de Venda ao Consumidor (Série D-1), em nenhum momento agiu com má fé ou dolo, nem deixou de cumprir suas obrigações fiscais. Transcreve o que dispõe o artigo 158 do RPAF.

Contestando o lançamento do crédito tributário, no tocante a infração 02, o autuado alega ser improcedente os valores referentes ao período de 2003, visto que, recolheu, através de denúncia espontânea, todo o imposto devido à época, conforme levantamento (fls. 108/109) efetuado pela

Auditora Fazendária, Maria Cristina de Araújo Moura, processo de parcelamento de número 600000.1712/07-0 (fl. 110) e cópias de DAE's (fls. 111/115) em anexo.

O autuado, também, argumenta que o fisco estadual utilizou-se, indevidamente, da presunção prevista no parágrafo 3º, inciso VI, do art. 2º, do RICMS, sustentando que em função dos princípios da legalidade e da tipicidade, consagrados tanto pela Constituição República como pelo Código Tributário Nacional, as presunções jurídicas não podem ser estabelecidas por Decreto, pois este não é emanado do órgão político a que se atribui o poder de legislar (Poder Legislativo).

Alega também que na presente autuação, o fisco estadual, além de ter utilizado a presunção prevista em um Decreto para reclamar o pagamento de ICMS que afirma não ser devido, arbitrou a base de cálculo do tributo sem que tivessem ocorrido quaisquer das hipóteses legais que autorizam tal procedimento.

Expõem que a base de cálculo do ICMS deve ser sempre o valor das operações relativas à circulação de mercadorias ou o valor das prestações de serviços de transporte e comunicação, só podendo ser arbitrada pela autoridade administrativa nos casos excepcionais, em que a documentação contábil e os próprios livros mercantis, por conterem declarações falsas, inexatas ou lacunas, não permitem a apuração da base de cálculo do tributo.

Alega que o fisco estadual não justificou a necessidade de a base de cálculo do imposto ser arbitrada com base nos pagamentos feitos por meio de cartão de crédito e não alegou haver erro ou omissão em sua escrita que impossibilitou sua consideração. Contesta o fato de o autuante, tendo em mãos todos os elementos para proceder a fiscalização na sua escrita e nos seus documentos fiscais e contábeis, preferiu, segundo ele, o caminho mais curto, embora ilegal e inadequado.

Transcreve ementa de decisão da 2ª Câmara Permanente do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Pará, afirmando que tanto no âmbito judicial como na esfera administrativa é pacífico o entendimento de que, dispondo o sujeito passivo de escrita regular, torna-se improcedente a ação fiscal, caso o tributo seja apurado por arbitramento.

Acrescenta que o fisco não levou em consideração que a maior parte da receita da autuada é originada de venda de mercadorias com imposto recolhido por substituição tributária, ou seja, cujo imposto já fora recolhido antecipadamente, e da prestação de serviços, onde não há incidência de ICMS. Logo, sustenta que o autuante equivocou-se quando considerou toda a diferença informada pela administradora de cartão de crédito.

O autuado conclui sua defesa requerendo a produção de prova pericial, e que o auto de infração seja julgado improcedente, em todos os termos, o absolvendo de qualquer penalidade.

O autuante, às fls. 118/119, ao prestar a informação fiscal, argumenta que o autuado reconhece a Infração 01 quando, sua defesa, pede que a multa seja reduzida, afirmando que não agiu de má fé ou dolo. Informa que se trata de multa específica, legal e devidamente fundamentada.

No tocante a Infração 02, o autuante informando que elaborou as planilhas relativas às reduções Z com base nos documentos apresentados pelo contribuinte, observa que este não cumpriu o previsto no RICMS/BA de discriminar as formas de pagamentos de suas vendas efetuadas através do ECF, conforme fotocópias da redução Z acostadas ao PAF. Portanto, informa que beneficiou o contribuinte, visto que, os valores levados em consideração para comparação com as vendas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito incluem as vendas cujos pagamentos foram efetuados com dinheiro e outros.

Informa que a presunção para o levantamento desta infração é prevista pela lei e, portanto, fundada de legalidade.

Esclarece, também, que não houve arbitramento da base de cálculo, pois, todas as planilhas que elaborou tiveram como base os documentos que foram apresentados pelo contribuinte, sem que houvesse qualquer adição de percentual ou margem de lucro que caracterizasse o arbitramento da base de cálculo.

Diz que comparou os valores totais de venda registrados nos documentos fiscais com os valores das vendas informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, procedimento este, legalmente autorizado, através do qual, uma vez constatada diferença a maior nos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, presumisse a omissão de saídas de mercadoria tributada.

O autuante conclui informando que, em face do parcelamento de débito já efetuado, revisou sua planilha de apuração, incluindo os valores já pagos, restando como devido o valor de R\$ 2.500,95.

O autuado intimado a se pronunciar, à fl. 123, sobre a informação fiscal do autuante, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado, em sua defesa, tendo em vista que os elementos constantes do Auto de Infração são suficientes para formar o meu convencimento, aliado ao fato de que, no meu entendimento, a prova não depende do conhecimento especial de técnicos e é desnecessária considerando as demais provas contidas nos autos.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade do dispositivo regulamentar que prevê a possibilidade da exigência do imposto por presunção, saliento que não é da competência deste órgão julgador, diante das determinações do art. 167, do RPAF/99 de discutir a inconstitucionalidade, ou não, das leis infraconstitucionais.

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que o auditor imputa ao autuado as seguintes infrações:

01 – Emissão de outro documento em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF) nas situações que está obrigado.

02 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 administrativa de cartão de crédito.

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor Final, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e, nesses casos, deve o autuado proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

Em sua defesa o autuado reconheceu a ocorrência desta infração, solicitando o cancelamento da multa aplicada, citando o que preconiza o art. 158 do RPAF/99, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória, e por entender que agiu sem dolo ou má fé, e que cumpriu suas obrigações fiscais, inclusive pagando o tributo principal.

Dispõe o artigo 158 do Decreto 7.629/99:

“Art. 158. 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 tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Portanto, a redução ou cancelamento, por esta Junta de Julgamento Fiscal, de multa por descumprimento de obrigação acessória está vinculada ao preenchimento de dois requisitos; a) a prova que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação; b) e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

O autuado em nenhum momento apresentou provas de que agiu sem dolo, e, o que é mais importante, não demonstrou que as emissões das Notas Fiscais, de forma diversa da que estava obrigado, não implicaram na falta de recolhimento do imposto. Portanto, indefiro a solicitação de cancelamento da multa aplicada à infração 01, haja vista que não ficou comprovado nos autos que a infração cometida não implicou na falta de pagamento do imposto. Fica mantida, portanto a infração 01.

No tocante Infração 02, o autuado afirma que são improcedentes os valores referentes ao período de 2003, visto que, recolheu, através de denúncia espontânea, todo o imposto devido à época.

Argumenta que o fisco estadual utilizou-se, indevidamente, da presunção prevista no parágrafo 3º, inciso VI, do art. 2º, do RICMS, sustentando que as presunções jurídicas não podem ser estabelecidas por Decreto, pois este não é emanado do órgão político a que se atribui o poder de legislar (Poder Legislativo).

Alega, também, que houve arbitramento da base de cálculo do tributo sem que tivessem ocorrido quaisquer das hipóteses legais que autorizam tal procedimento.

Não precede o argumento do autuado de que não existe previsão legal para a cobrança do ICMS sobre a diferença do modo de pagamento de cartão de crédito e débito comparativamente com os valores informados pelas administradoras de cartões, tendo em vista que, de acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*:

“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”.

Portanto, trata-se sim de uma presunção decorrente de lei em sentido formal, que indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Acrescenta que o autuante equivocou-se quando considerou toda a diferença informada pela administradora de cartão de crédito, pois, não levou em consideração que a maior parte da receita da autuada é originada de venda de mercadorias com imposto recolhido por substituição tributária, ou seja, cujo imposto já fora recolhido antecipadamente, e da prestação de serviços, onde não há incidência de ICMS. Entretanto esta alegação não foi acompanhada de prova.

Também não procede a alegação do autuado de que houve arbitramento da base de cálculo do tributo, pois, como acima demonstrado, e conforme planilhas, demonstrativos e fotocópias dos documentos fiscais utilizados nos levantamentos (fls. 4, 9, 11/51, 52/70, 72/90, 92/95), trata-se de uma presunção legal que teve como base informações do próprio contribuinte.

Restou provado pelo autuado o recolhimento do imposto referente ao período de 2003, conforme levantamento (fls. 108/109) efetuado pela Auditora Fazendária, Maria Cristina de Araújo Moura, processo de parcelamento de número 600000.1712/07-0 (fl. 110) e cópias de DAE's (fls. 111/115) em anexo.

Após análise dos documentos e demonstrativos acostados aos autos pelo autuado, deduzi os valores comprovadamente pagos pelo autuado e constatei que no cálculo do valor do imposto apurado pelo autuante não constava o crédito presumido à empresa em função da sua condição de Empresa de Pequeno Porte de 8%, conforme previsto no art. 19, §1º da Lei nº 7.357/98, o que diminuiu o valor do imposto devido.

Desta forma, o valor da infração 02, ficou reduzido para R\$ 391,17, conforme demonstrativo abaixo:

MÊS/ANO	DIF. B.DE CÁLCULO	ICMS 17%	CRÉDITO 8%	VALOR PAGO	VALOR DEVIDO
mar/03	679,58	115,53	54,37	125,13	0
abr/03	5.017,82	853,03	401,43	433,25	18,35
mai/03	4.192,93	712,80	335,43	391,68	0
ago/03	6.024,86	1.024,23	481,99	493,08	49,16
set/03	1.147,72	195,11	91,82	124,39	0
out/03	3.468,32	589,61	277,47	317,29	0
nov/03	3.720,00	632,40	297,60	308,79	26,01
abr/04	848,45	144,24	67,88	0,00	76,36
out/04	2.458,74	417,99	196,70	0,00	221,29
TOTAL	27.558,42	4.684,93	2.204,67	2.193,61	391,17

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281317.0020/05-7**, lavrado contra **AL TOURINHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 391,17**, acrescido da multa de 70%, e da multa de **R\$ 12.905,61** prevista no art. 42, III, XIII-A , alínea “h” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais..

Sala das Sessões do CONSEF 29 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR