

**PROCESSO** - A. I. Nº 281240.0007/05-9  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ALIBEBI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
(CHEIRO DE PIZZA)  
**RECORRIDOS** - ALIBEBI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (CHEIRO DE PIZZA) e FAZENDA  
PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF nº. 0274-05/06  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**INTERNET** - 18/04/2007

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF N° 0085-11/07**

**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 em sua integralidade. Mantida a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DE CUPONS FISCAIS NAS VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 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. Não comprovada pelo contribuinte sua alegação da impossibilidade da emissão do cupom fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

## **RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0274-05/06 da 5<sup>a</sup> JJF, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Oficio em razão do julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$ 60.422,58, em decorrência da constatação de omissão de saída 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 administradora de cartão de crédito, relativo ao exercício de 2004, como também para impor a multa de R\$ 5.476,04 por ter o contribuinte emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no mesmo exercício de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 5.058,07, após considerar que:

1. O contribuinte conseguiu comprovar a improcedência da presunção legal, conforme constatado através de diligência realizada pelo próprio autuante, que após exame através da associação entre os boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito) e os documentos fiscais emitidos pelo ECF, que apesar de não constarem no mencionado equipamento como vendas através de cartão de crédito/débito (redução “z” zerada), foram devidamente registradas e não devem ser objeto de nova cobrança de imposto, devendo ser excluídos da infração. Salienta que o autuante, atendendo a solicitação supra, após efetuar o exame requerido, reconheceu que o autuado apresentou o levantamento de todas as operações com cartões e respectivos cupons fiscais, anulando os valores levantados para a primeira infração.
2. Quanto à segunda infração, a Decisão recorrida é de que o autuado acostou ao processo apenas declarações da empresa que faz a manutenção do ECF (fls. 116 a 121), quando deveria apresentar os competentes laudos de intervenção do equipamento ou mesmo ter comprovado a ocorrência de algumas das situações legalmente previstas (art. 238, II, §§ 1º e 2º e art. 329, § 5º do RICMS/97), fato que não ocorreu. Contudo, por ocasião da última diligência, como o autuado apresentou o termo de intervenção do dia 09/12/04, concorda com a redução da multa aplicada no mês de dezembro/04, proposta pelo autuante, para R\$ 1.194,00, o que reduz o valor da multa exigida na segunda infração para R\$ 5.058,07, conforme demonstrativo às fls. 404/405.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme legislação em vigor.

No Recurso Voluntário, à fl. 428 dos autos, o recorrente aduz que comprou uma máquina nova, a qual o sistema não funcionou o que o levou a providenciar outra. Em seguida indaga: “*Se o programa não consegue comandar o ECF para emissão do cupom fiscal, como devemos proceder?*”

1. “*Suspender o atendimento ao cliente, fechando o estabelecimento?*”
2. “*Ou emitir nota fiscal em substituição ao cupom, dando continuidade as atividades regulares da empresa?*”

Ressalta que a opção primeira traria sem dúvida prejuízos para a própria Fazenda Pública e para a Empresa. Assim questiona como então aplicar penalidades contra o contribuinte, se é o certo que este agiu, induvidosamente, em prol inclusive dos superiores interesses do Fisco, protegendo a arrecadação?

Por fim, pede que seja o Auto de Infração julgado improcedente, visto que restou comprovada a ausência de dolo, de fraude ou simulação na falta de recolhimento de qualquer tributo.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 440 a 442, é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, eis que verifica a não apresentação pelo autuado de provas suficientes para elidir a segunda infração, de forma a demonstrar solidamente os motivos para não utilização do equipamento fiscal, por intermédio de laudos de intervenção técnica ou prova que efetivamente demonstrasse a impossibilidade da utilização do ECF, cuja ocorrência deveria o recorrente atestar no livro fiscal RUDFTO, conforme dispõe a cláusula primeira do Convênio ECF 01.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado integralmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, relativo à infração 1, conforme previsto no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração 02 do Auto de Infração.

Da análise das peças processuais verifico que está correta a Decisão recorrida, quanto à primeira infração, objeto do Recurso de Ofício, uma vez que restou comprovado, através de diligências realizadas pelo próprio autuante, que todas as operações com cartões de crédito/débito, objeto do levantamento fiscal, foram devidamente registradas nos cupons fiscais, anulando os valores levantados para a primeira infração. Portanto, concordo com a Decisão recorrida de que o contribuinte conseguiu comprovar a improcedência da presunção legal, relativa a este item do Auto de Infração.

Quanto ao Recurso Voluntário, o qual se restringe à segunda infração, concluo que suas alegações carecem de provas suficientes para elidir a acusação fiscal, cujo ônus é do recorrente.

Ademais, como bem ressaltado no eminentíssimo Parecer PGE/PROFIS, o contribuinte, estaria obrigado a consignar o motivo, no Livro de Registro de Ocorrências e Utilização de Documentos Fiscais (RUDFTO), das razões de força maior ou caso fortuito, tais como: falta de energia elétrica, quebra ou furto do equipamento, quando da emissão de documento fiscal por qualquer outro meio, consoante previsto no § 5º do art. 329 do RICMS, o qual condiciona à lavratura de termos de ocorrências nas situações mencionadas no § 2º do art. 238 do RICMS, ou seja, o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Portanto, compete ao interessado, por qualquer meio, provar que emitiu outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal em circunstâncias adversas à utilização do ECF.

Assim, entendo que tal razão recursal não teve o condão de eximir o contribuinte da multa aplicada, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, a qual é específica ao caso concreto, decorrente da não observância das regras contidas no art. 824-B e no art. 238, § 2º, do RICMS, submetendo-se, assim, à multa de 5% do valor da operação, prevista 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, uma vez que não ficou comprovada a ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

## 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, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281240.0007/05-9, lavrado contra **ALIBEBI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (CHEIRO DE PIZZA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$5.058,07**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros(as) Fernando Antonio Brito Araújo, Denise Mara Andrade Barbosa e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiro Oswaldo Ignácio Amador, Valnei Sousa Freire e Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS