

PROCESSO - A. I. Nº 022211.0012/07-4
RECORRENTE - RESTAURANTE E POUSADA CANTO DA PRAIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0005-05/08
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 05/09/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0244-12/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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)** NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTA FISCAL SÉRIE D-1 EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Não comprovado a ocorrência de sinistro alegado pelo sujeito passivo. Modificada a Decisão recorrida. Reduzida, de ofício, a multa para 2%, com base no art. 106, II, “c”, do CTN, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benéfica. Indeferido o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 21/11/2007 para exigir o ICMS, no valor de R\$5.841,30, acrescido da multa de 70%, além de multa no valor de R\$3.352,56, por descumprimento de obrigação acessória em decorrência de:

1. 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (01/01 a 31/12/06) - R\$5.841,30.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu NF D-1 relativa a vendas diretas a consumidor final, sendo aplicada a multa no valor de R\$3.352,56.

O autuado discorda do enquadramento para as infrações dizendo que em relação à primeira, desenvolve simultaneamente atividade mercantil e de prestação de serviços (hotelaria) juntando cópia de cédula de crédito comercial junto ao BNB como suporte de investimento em hotelaria, alegando que as divergências apuradas entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões e as receitas mercantis declaradas, são justificadas e suportadas por registros de hospedagem e Notas Fiscais de Serviço.

Quanto à infração 2, diz tratar-se de equívoco do Auditor, pois foram emitidas Notas Fiscais D-1, sempre que ocorreu sinistro no sistema eletrônico ou falta de energia no estabelecimento, fato comum e rotineiro no bairro de Ponta de Areia, município de Itaparica, devido à localização

próxima ao mar, o que danifica com o tempo a fiação e a frágil infra-estrutura elétrica disponível na localidade, alegando também que a emissão de Notas Fiscais D-1, considerando as ocorrências citadas, tem respaldo legal, previsto no parágrafo II do Art. 238 do Regulamento do ICMS.

Requer perícia documental para comprovar a improcedência do lançamento.

O autuante, na informação fiscal, inicialmente discorre sobre o fato tributado entendendo que as alegações defensivas apenas demonstram intenção protelatória, pois sem embasamento legal que justifique suas alegações.

No mérito, afirma que embora a impugnante tenha efetuado vendas diversas com emissão da documentação fiscal exigida e devidamente escriturada nos livros fiscais próprios, *“os valores em sua maioria não estavam indicados no Cupom Fiscal que é o meio de pagamento adotado na operação Cartão de Crédito/Débito, conforme Art. 238 parágrafo 7º do RICMS, tornando assim os valores inferiores aos informados pelas administradoras e que a empresa estava emitindo NF-D1, quando deveria emitir cupom fiscal já que a mesma é usuária do ECF, Art. 915 XIII-A letra “h” do RICMS-BA”*.

Quanto à alegação de que a empresa também opera com prestação de serviços, esse fato reforça o disposto no § 7º citado, ao determinar que deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação; e ainda, a afirmação de que a emissão da Nota Fiscal D-1 só ocorria quando existia sinistro no sistema eletrônico, é uma inverdade, podendo ser comprovado nos demonstrativos, onde consta emissão de Nota Fiscal e de Cupom Fiscal simultaneamente em todos os meses, não constando nos sistemas da SEFAZ nenhum pedido de intervenção para reparos do Equipamento ECF desde sua iniciação para uso fiscal em 31/10/2003.

O julgador de Primeira Instância inicialmente afasta o requerimento pericial do autuado por entender desnecessário, não contemplando a orientação indicada no art. 145 e parágrafo do RPAF.

Quanto à infração 1 diz que o autuante não acatou a alegação de que os relatórios mensais dos TEF's fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito contemplavam valores relativos a operações de prestação de serviços não sujeitos à incidência do ICMS, vez que essa identificação não consta dos documentos fiscais. Ressalta que o autuado não juntou ao processo boletos nem documentos fiscais necessários à comprovação dessa alegação, muito embora lhe tenha sido disponibilizada cópia do Relatório TEF diário de operações fornecido pelas empresas administradoras de cartões, relativo às operações praticadas pelo seu estabelecimento, com o qual poderia elidir a presunção imputada comprovando a regularidade das operações não sujeitas ao ICMS e pagas com cartões de crédito/débito como alega.

Com relação à infração 2, destaca que o art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/98, prevê multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação em face da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele obrigado ao usuário do ECF, norma legal essa, confirmada pela disposição do art. 915, XIII-A, “h” do RICMS-BA.

Concluindo, afirma que, não havendo no PAF documento comprobatório do sinistro alegado para justificar a emissão de outro documento fiscal em substituição ao cupom do ECF, que poderia albergar-se na previsão do § 2º do art. 238 do RICMS, vota pela Procedência do Auto de Infração.

O recorrente, a título de Recurso Voluntário, apresenta reprodução literal da impugnação, em que alega, inicialmente, não concordar com o enquadramento sugerido pelo Auditor para as supostas infrações, argumentando:

- quanto à infração 1, informa que desenvolve simultaneamente as atividades de prestação de serviços e mercantil, conforme códigos de atividades destacados em seu CNPJ (cópia anexa);
- apesar de ter o registro de atividade econômica mercantil Restaurantes e Similares como principal no CNPJ, primeira atividade exercida pela empresa, devido a problemas de infra-estrutura deficiente com conseqüente significativa redução do fluxo turístico da ilha de Itaparica, se fez necessária a mudança do foco do empreendimento, condição imperativa para a manutenção do negócio de acordo com Parecer do Banco do Nordeste;

- a partir de janeiro/2003 a “atividade de serviço de hotelaria” passou a existir e a ser a principal.
- dessa forma, as divergências apuradas entre as informações prestadas pelas Administradoras de Cartões e as receitas mercantis declaradas são naturalmente justificadas e suportadas por registros de hospedagem e Notas Fiscais de Serviço;
- quanto à infração 2, o auditor equivocou-se, tendo em vista que foram emitidas NFs D-1, sempre que ocorreu sinistro no sistema eletrônico ou falta de energia no estabelecimento, fato comum e rotineiro no bairro de Ponta de Areia;
- também as Notas Fiscais D-1, considerando as ocorrências citadas, têm respaldo legal, previsto no art. 238, II, do RICMS.

Requer a impugnação do Auto de Infração e perícia documental para que fique comprovado que o lançamento é improcedente.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pela Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- tratando-se de infração lastreada em presunção de direito, apenas a apresentação de cada boleto de venda efetuada através de cartão de crédito acompanhado da respectiva nota fiscal ou cupom fiscal, eliminaria todos os efeitos legais da autuação, o que não fez o recorrente;
- o requerente não junta qualquer documento para comprovar as suas alegações de que os serviços de hotelaria também pagos com cartão de crédito, são confundidos com os serviços de restaurante.
- o recorrente repete apenas as alegações da impugnação e não acrescenta documento novo ou produz novas provas que possam elidir a autuação;
- em relação ao item 2 da autuação, diz nada ter a acrescentar ao voto do ilustre julgador relator.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar argüida, por desnecessária e não contemplar a orientação indicada no art. 145 do RPAF, por carência de fundamentação.

Quanto ao mérito, não merece qualquer reparo a Decisão da JJF, corroborada pela bem fundamentado Parecer da PGE/PROFIS, pois as alegações do recorrente em seu Recurso Voluntário são mera repetição literal da impugnação, não acrescentando qualquer prova ou argumento para elidir a ação fiscal, ainda mais que, em seu poder se encontram, ou deveriam se encontrar, os boletos ou notas fiscais emitidos, suficientes para comprovar as suas alegações, o que não ocorreu.

Em face do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

De ofício, entretanto, reduz a penalidade da multa aplicada na infração 2, de 5% para 2%, nos termos do art. 106, II, do CTN, considerando a alteração mais benéfica da Lei nº 10.847/07, como se demonstra abaixo:

INFRAÇÃO 2				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	MULTA	VLR EM REAL
31/01/2006	31/01/2006	11.879,25	2%	237,59
28/02/2006	28/02/2006	5.536,40	2%	110,73
31/03/2006	31/03/2006	8.504,55	2%	170,09
30/04/2006	30/04/2006	6.409,85	2%	128,20
31/05/2006	31/05/2006	1.409,70	2%	28,19
30/06/2006	30/06/2006	2.704,00	2%	54,08
31/07/2006	31/07/2006	6.854,45	2%	137,09
31/08/2006	31/08/2006	4.717,00	2%	94,34
30/09/2006	30/09/2006	5.828,05	2%	116,56
31/10/2006	31/10/2006	5.471,50	2%	109,43
30/11/2006	30/11/2006	3.619,45	2%	72,39
31/12/2006	31/12/2006	4.477,75	2%	89,56

TOTAL	67.411,95	1.348,25
-------	-----------	----------

Após as alterações efetuadas, o débito total do lançamento passa para o valor de R\$7.189,55.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022211.0012/07-4**, lavrado contra **RESTAURANTE E POUSADA CANTO DA PRAIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.841,30**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$1.348,25**, reduzida, de ofício, para 2%, com base no art. 2º, V, da Lei nº 10.847/07, que alterou o art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, por ser mais benéfica, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS