

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0043/06-5
RECORRENTE - GILDETE BATISTA DE SOUSA GUIMARÃES (AQUÁTICA MODAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0266-01/07
ORIGEM - INFAZ BOM ESUS DA LAPA
INTERNET - 06/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0345-11/08

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 de forma parcial. 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. De ofício, com base no art. 106, II, “c” do CTN, foi aplicada a multa de 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna. Infração caracterizada, porém com valor da penalidade reduzida. Indeferida a preliminar de nulidade do lançamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0266-01/07 da 1ª JJF, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$4.277,93, 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 aos meses de janeiro a maio de 2006, como também para impor a multa de R\$1.917,50 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, nos meses de maio e junho de 2006.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$5.522,67, após considerar que:

1. O contribuinte conseguiu comprovar em parte a improcedência da presunção legal, no montante de base de cálculo de R\$7.475,10, após constatar que os valores em espécie consignados nos cupons fiscais, relacionados às fls. 181 e 182 dos autos, guardam plena correspondência com as datas e valores informados pelas administradoras de cartão de

crédito/débito, conforme registrados nos Relatórios de Informações TEF, sendo razoável a exclusão de tais valores da exigência fiscal;

2. Quanto à segunda infração, a Decisão recorrida é de que, consoante art. 238, § 2º, do RICMS, apenas nos casos de sinistro ou razões técnicas pode haver a substituição do cupom fiscal por outro documento fiscal, o que não ocorreu no caso em exame. Assim, assiste razão ao autuante, sendo correta a aplicação da multa de 5% sobre o valor da operação, conforme previsto no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96.

No Recurso Voluntário, às fls. 196 a 202 dos autos, o recorrente aduz que, em relação à primeira infração, o autuante não apresentou provas que possibilitem constatar, com segurança, conforme disposto no § 4º do art. 28 e art. 29 do RPAF, a omissão de saída de mercadoria supostamente encontrada, o que leva a descaracterizar a infração culminando com a nulidade do lançamento.

Também observa que não procede a exigência do ICMS por presunção, pois o imposto relativo às mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, teve o recolhimento do imposto realizado quando a entrada no estabelecimento. Assim, as saídas subseqüentes estão desoneradas do pagamento do ICMS.

Registra também que o autuante considerou o relatório diário de operações TEF, concluindo pela existência de omissão de saída, sem, contudo, levar em conta que a empresa usava o Sistema de Automação Comercial Total Controle Estoque até o mês de maio de 2006, sistema este que não estava habilitado a fazer venda com cartão de crédito, por não possuir o módulo TEF. Assim, toda a venda efetuada por cartão era registrada como venda a vista, conforme já exemplificado e demonstrado nos documentos acostados a defesa e reconhecido no julgamento, com a exclusão dos valores apresentados, por guardarem plena correspondência com as datas e valores informados pelas administradoras de cartões.

Apresenta, em sua peça recursal, nova planilha, às fls. 204 a 206, na qual relaciona novos cupons fiscais com as operações fornecidas pelas administradoras de cartões, assim como os próprios cupons fiscais e cópias das reduções “Z”, fls. 207 a 354 dos autos, como prova de sua alegação de que nenhuma venda por cartão foi omitida, apenas sendo registrada como venda a vista. Cita Decisões do CONSEF, neste sentido, nas quais se manifestou em processos administrativos pela improcedência.

Quanto à segunda infração, reitera seu entendimento de que o autuante penaliza a empresa com a imputação de multa de 5% sobre valores de vendas realizadas por cartão, registradas e apuradas através de nota fiscal de venda a consumo, deixando de considerar a impossibilidade da empresa utilizar o equipamento de cupom fiscal pelos motivos já expostos e devidamente comprovados.

O Parecer PGE/PROFIS, à fl. 358, entende que o PAF deve ser remetido a ASTEC para análise e Parecer dos documentos trazidos pelo recorrente, o que foi acolhido por esta 1ª CJF, no sentido de:

1. Caso confirmado tratem de documentos distintos dos já apresentados pelo contribuinte, se excluam da base de cálculo remanescente os valores constantes dos boletos de cartões de créditos ou débitos, os quais tenham plena correspondência com os cupons fiscais, consoante documentos apensados ao Recurso Voluntário.
2. Se considere o percentual de participação das mercadorias sujeita ao regime normal de apuração do ICMS nas operações de saídas, aplicando a proporcionalidade para apurar o ICMS exigido.

Através do Parecer ASTEC nº 056/2008, às fls. 362 a 364 dos autos, se concluiu que os documentos fiscais, anexados pelo recorrente, se tratam de documentos distintos dos já apresentados pelo autuado quando da sua defesa administrativa. Contudo, não foram considerados pelo diligente tendo em vista a constatação de várias divergências entre os boletos dos cartões de créditos e/ou débitos e os cupons fiscais, dentre as quais: valores diferenciados e hora das respectivas emissões, não apresentando, portanto, plena correspondência entre os mesmos. Também foi comprovado que o contribuinte só comercializa mercadorias tributadas.

Intimado a se manifestar sobre o resultado da diligência realizada, o recorrente reconhece que houve erros nas emissões dos cupons fiscais, contudo, afirma não ter havido sonegação. Pede a nulidade da ação fiscal.

A PGE/PROFIS, às fls. 381 e 382 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, visto que a diligência esclareceu que não foi possível fazer a correlação pretendida pelo recorrente, assim como não há proporcionalidade a ser aplicada, uma vez que as saídas são tributadas.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, como também para exigir a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, 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.

Em relação à primeira infração, cabe ao contribuinte o ônus da prova da improcedência da presunção legal, nos termos do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, *“in verbis”*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º 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.”

Devo salientar que o contribuinte recebeu, através de diligência fiscal determinada pela 1ª JF, à fl. 93, os Relatórios TEF diários e por operação, reabrindo-se novo prazo de trinta dias para o autuado apresentar impugnação, possibilitando o exercício do seu direito de defesa. Assim, diante de tais constatações, indefiro a preliminar de nulidade do lançamento, argüida pelo recorrente, sob a alegação de que o autuante *“não apresentou provas que possibilitem constatar com segurança, conforme disposto no § 4º do artigo 28 e artigo 29 do RPAF, a omissão de saída de mercadoria supostamente encontrada”*.

Quanto ao mérito, ainda relativo à primeira infração, a diligência realizada pelo preposto da ASTEC constatou que os novos documentos apresentados pelo recorrente não serviam para comprovar sua alegação de que as vendas efetuadas por cartão foram registradas como vendas a vista, pois não foi possível fazer uma correlação entre os cupons fiscais e os boletos dos cartões de crédito/débito, em razão de diversas divergências entre os citados documentos, a exemplo de valores e hora da emissão. Tal fato, inclusive, não foi contestado pelo próprio recorrente, quando da sua manifestação sobre o resultado da diligência.

Com relação à alegação recursal de que as mercadorias comercializadas, em sua totalidade, teve o imposto recolhido por antecipação tributária, estando às saídas subseqüentes desoneradas do pagamento do ICMS, também através da aludida diligência se comprovou que o contribuinte só comercializa mercadorias tributadas (confeções), sendo, portanto, descabida a pretensão da aplicação da proporcionalidade para apuração do imposto exigido.

Assim, verifico que o recorrente não conseguiu provar a improcedência da presunção legal, com exceção dos documentos apresentados e considerados pela Decisão recorrida, a qual deve ser mantida em relação à primeira infração.

Quanto à segunda infração, a qual imputa ao sujeito passivo emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, em situações em que estava obrigado, a exigência fiscal encontra lastro nos artigos 824-B e 238 do RICMS, cujos

dispositivos determinam que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento ou, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, emití-las concomitantemente com o cupom fiscal, anexando-o à via fixa do documento fiscal emitido, e no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no 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, vigente à época da lavratura do Auto de Infração, 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.

No entanto, de ofício, deve ser modificada a multa imputada neste item, visto que o art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 10.847/07, reduzindo o percentual de multa de 5% para 2%, percentual este que deverá ser aplicado a este lançamento de ofício, em obediência ao princípio da retroatividade da norma mais benigna, inserta no art. 106, II, “c”, do CTN.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, modificando de ofício a Decisão recorrida apenas quanto à segunda infração, para aplicação da multa de 2%, e não 5%, resultando no valor de R\$152,40 para o mês de maio de 2006 e de R\$614,60 para o mês de junho de 2006, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO										
Seq.	Infr	Código	Grp	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq.	Vlr. Histórico	Multa	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado-CJF
1	1	05.08.01	P	31/01/2006	09/02/2006	17	718,78	70	602,74	602,74
2	1	05.08.01	P	28/02/2006	09/03/2006	17	701,87	70	555,90	555,90
3	1	05.08.01	P	31/03/2006	09/04/2006	17	1.334,63	70	1.209,70	1.209,70
4	1	05.08.01	P	30/04/2006	09/05/2006	17	1.054,99	70	869,05	869,05
5	1	05.08.01	P	31/05/2006	09/06/2006	17	467,66	70	367,78	367,78
6	2	16.12.16	M	31/05/2006	09/06/2006	0	381,00	2	381,00	152,40
7	2	16.12.16	M	30/06/2006	09/07/2006	0	1.536,51	2	1.536,50	614,60
TOTAL							6.195,44		5.522,67	4.372,17

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, alterar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269440.0043/06-5**, lavrado contra **GILDETE BATISTA DE SOUSA GUIMARÃES (AQUÁTICA MODAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.605,17**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$767,00**, reduzida de ofício, de acordo com o 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, em conformidade com o art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS