

PROCESSO	- A. I. N° 178891.0001/05-0
RECORRENTE	- PANIFICADORA, LANCHONETE E MERCADINHO IRMÃOS LEMOS LTDA. (PANIFICADORA E LANCHONETE CRISTALINA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0055-04/06
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 05/06/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0122-11/09

EMENTA: ICMS. 1. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Reduzido, mediante diligência fiscal, o débito inicialmente exigido. Modificada a Decisão recorrida. Infração subsistente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da 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. Reduzida, de ofício, a multa para o percentual de 2%, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei n° 7.014/96, alterada pela Lei n° 10.847/07, por ser mais benéfica, com base no art. 106, II, “c”, do CTN. Infração subsistente. PREJUDICADAS as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0055-04/06) que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado com vistas a exigir ICMS em decorrência das seguintes infrações:

1. 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 administradora de cartão de crédito, deixando de recolher o ICMS no valor R\$159.773,09.

2. Multa no valor R\$2.330,40, por emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, ao fundamento de que o PAF foi baixado em diligência, para que fosse entregue cópia dos documentos e demonstrativos que embasaram o Auto de Infração, sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias, fato que possibilitou ao autuado o pleno direito de defesa, da mesma forma que o autuado recebeu a planilha elaborada pelo autuante com a impressão de dados utilizados no levantamento acostado pelo autuante na 1^a informação fiscal. Aduziu, ainda, que não há qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação da nulidade arguida.

No mérito, quanto à infração 1, a Junta de Julgamento Fiscal observou que o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, *in verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

.....
VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Ressaltou que o PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido, mediante recibo acostado aos autos, os relatórios enviados pelas administradoras de cartão e/ou débito, operação por operação, mas que, apesar de ter seu prazo de defesa reaberto, em 30 (trinta) dias, o autuado não relacionou os boletos dos pagamentos com as respectivas notas fiscais para comprovar que efetivamente emitiu documentos fiscais, quer seja cupom fiscal ou nota fiscal nas vendas realizadas com pagamento mediante cartão de crédito ou débito.

Salientou que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Quanto ao argumento defensivo de emissão de notas fiscais, consignou que somente pode ser acolhido o que efetivamente foi comprovado, ou seja, como já salientado acima, o PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido cópia dos relatórios das administradoras de cartões, constando as operações individualizadas, e tendo mais 30 (trinta dia) de prazo para apresentar as notas fiscais ou registros nos ECF que alega que não foram considerados, entretanto não apresentou tal documentação.

Também repeliu o argumento de que as vendas do período são superiores aos valores informados pelas administradoras, aduzindo que o CONSEF já firmou o entendimento de que a comparação deve ser realizada com as vendas registradas com pagamento em cartão de crédito e/ou débito, não existindo nenhuma comparação com as vendas totais do estabelecimento. Entendeu, assim, que a infração restou inteiramente caracterizada.

Relativamente à infração 2, a Junta de Julgamento Fiscal esclarece que o autuado não nega a acusação de que emitiu outro documento fiscal em substituição ao Cupom Fiscal, uma vez que não utilizou o ECF, embora esteja obrigado, na forma da legislação em vigor. Refutou a tese defensiva de que a irregularidade decorreu de pedido de clientes e por impossibilidade de utilização do equipamento.

Salientou que o equívoco quanto à capitulação legal do fato, neste caso, não constitui cerceamento de defesa, pois a descrição da situação verificada foi feita de forma clara, em conformidade como o art. 19, do RPAF/99.

Esclareceu, ao final, que a multa aplicada tem previsão legal, concluindo pela procedência também desta infração.

Inconformado, o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 2766/2775, no qual desenvolve os seguintes argumentos:

- 1) O autuante não cotejou todos os documentos fiscais que lhe foram apresentados pelo autuado com os correspondentes às vendas por meio de cartões de crédito/débito, apesar de terem sido disponibilizados todos os livros e documentos fiscais. O recorrente afirma não saber o que foi objeto de cotejamento pelo preposto fiscal, o que representa cerceamento ao seu direito de defesa.
- 2) O autuante, na sua planilha de fl. 29, informou que não houve tributação nenhuma sobre as vendas realizadas por meio de cartões de crédito e débito nos meses de setembro e outubro de 2003, quando a análise dos cupons fiscais revela que foram registradas vendas nos importes de R\$27.066,06 e R\$31.471,25, respectivamente, conforme cópias das reduções que anexa ao processo, a título de amostragem.
- 3) Esclarece que as reduções Z apontam, exclusivamente, as vendas efetuadas através de cartões de crédito, já que até 2004 não havia rubrica específica para cartão de débito, o que só veio a ocorrer a partir do ano de 2005. Assim, afirma que as vendas com cartão de débito eram registradas como vendas em dinheiro. Dá exemplo acerca da repercussão dessa circunstância para o levantamento elaborado pelo autuante.
- 4) Alega que, com relação ao mês de novembro de 2004, o autuante indicou o valor de vendas a cartão como sendo R\$12.414,68, enquanto consta da redução Z o montante de R\$19.091,71.
- 5) Diz que *“o grau de dificuldade aumentou em muito para o exercício pleno da defesa, em virtude dos valores lançados no demonstrativo denominado de ‘PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO – Apuração Mensal’ não guardam biunivocidade com os dados contidos na planilha denominada de ‘Lançamento das Fitas de Redução Z’. Na primeira, constam valores atribuídos para os meses de outubro a dezembro de 2004, que não aparecem na segunda planilha, a analítica. Isto veio, por consequência, dificultar mais em saber-se como o autuante chegou a tais grandezas numéricas, arranhando, mais ainda, o contraditório”*.
- 6) Assevera que o autuante, no levantamento de notas fiscais, considerou apenas os documentos expedidos até o dia 22 de maio de 2003, desprezando as notas que foram emitidas a partir dessa data até dezembro de 2004, com o que restaram contrariadas as regras constantes do RPAF, especialmente o art. 28.
- 7) Afirma que o autuante tentou corrigir seus erros, sem êxito, entretanto, razão pela qual deveria ter sido integralmente refeito o trabalho fiscalizatório.
- 8) Discorre longamente acerca de equívoco atribuído à Inpetoria de origem quando da concessão de prazo para apresentar manifestação sobre a diligência realizada em primeira instância, argumentando que, enquanto a JJF concedeu-lhe o prazo de 30 dias, a Inpetoria intimou o contribuinte para apresentar a sua manifestação em 10 dias, o que seria impossível cumprir satisfatoriamente, já que dependeria da análise de milhares de cupons fiscais.

Fala sobre a dificuldade de trazer todas as fitas detalhe ao processo, aduzindo que o autuante deveria fazer a diligência no estabelecimento do autuado, de modo a verificar *in loco* a referida documentação e proceder ao cotejamento com os comprovantes de emissão de cartões relativos a venda de mercadorias.

Pede, por fim, que seja declarada a nulidade da autuação ou, alternativamente, que seja reformada a Decisão de primeiro grau para julgar improcedente este auto.

A PGE/PROFIS, no despacho de fls. 2950/2951, opinou pela realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para analisar as alegações defensivas e, se for o caso, elaborar novo demonstrativo.

Esta CJF, analisando o feito em pauta suplementar, determinou a realização da diligência sugerida pela PGE/PROFIS, encaminhando os autos a fiscal estranho ao feito, para examinar a pertinência das alegações deduzidas em sede de Recurso Voluntário e elaborar novo demonstrativo, caso necessário.

Em cumprimento à diligência, o Supervisor da INFAZ Atacado, Vladimir Máximo Moreira, informou, às fls. 2958/2959, ter realizado alguns procedimentos para atestar a veracidade das alegações recursais, elaborando novos demonstrativos que apontam os seguintes valores: R\$5.060,26 – Exercício de 2003; R\$13.147,14 – Exercício de 2004. Assim, segundo o diligente, a infração 1 deve ser reduzida para R\$18.207,40.

O contribuinte concordou expressamente com o resultado da diligência, consoante se infere da manifestação de fls. 4376/4378.

Através do Parecer de fls. 4395/4396, a PGE/PROFIS opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que a infração seja reduzida de acordo com os valores apontados na diligência. O referido opinativo contou com a chancela da procuradora do Estado Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, conforme despacho de fl. 4398.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar que, no Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nenhum argumento foi expendido quanto à parte da Decisão impugnada que julgou procedente a infração 2, deste feito administrativo.

Assim, é de se concluir que a irresignação restringe-se à infração 1. E, no particular, tenho que o exame da pretensão recursal depende, exclusivamente, da análise das provas produzidas ao longo da instrução processual, sobretudo porque as presunções em direito tributário são sempre relativas e, em razão disso, admitem prova em contrário, não sendo diferente no caso do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96, que permite presumir a existência de omissão de saídas a partir da constatação de disparidades entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e as vendas registradas na Redução Z.

Na hipótese dos autos, após a conversão do julgamento do Recurso Voluntário em diligência a fiscal estranho ao feito, constatou-se que o contribuinte estava correto, pelo menos em parte, quando afirmava que o trabalho realizado pelo autuante estava eivado de incorreções, tanto que os valores inicialmente lançados foram substancialmente reduzidos, chegando-se à conclusão de que o valor de imposto devido na infração 1 é no importe de R\$18.207,40.

Nesse contexto, não há como distanciar-se do resultado da diligência, até mesmo porque resultou da análise de inúmeros documentos apresentados pelo contribuinte, em cotejo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, devendo ser, portanto, modificada a Decisão recorrida, para julgar procedente em parte a autuação.

As demais matérias suscitadas no Recurso Voluntário, especialmente as preliminares, ficaram prejudicadas diante do resultado da diligência e, mais, da expressa concordância do sujeito passivo quanto ao montante apurado em revisão do lançamento.

Por oportuno, registre-se que, apesar de não ter sido objeto de recurso voluntário, impõe-se a redução do percentual da multa aplicada na infração 2 para 2% (art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº

7.014/96), tendo em vista a alteração legislativa introduzida pela Lei nº 10.847/2007 e, ainda, a retroatividade benéfica estabelecida pelo art. 106, II, “c”, do CTN.

Quanto ao pedido de parcelamento, esclareço que a sua apreciação escapa à competência deste Conselho, devendo ser renovado perante a própria Inspetoria de Origem.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o valor da infração 1 para R\$18.207,40, e, de ofício, a multa aplicada na infração 2 para R\$932,14.

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 178891.0001/05-0, lavrado contra **PANIFICADORA, LANCHONETE E MERCADINHO IRMÃOS LEMOS LTDA. (PANIFICADORA E LANCHONETE CRISTALINA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.207,40**, 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 de **R\$932,14**, reduzida de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.847/07, combinado com o art. 106, II, “c”, do CTN, prevista no inciso XIII-A, “h” do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS