

PROCESSO - A. I. Nº 299131.0004/07-3
RECORRENTE - RESTAURANTE LUA CHEIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0134-04/08
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 01/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0159-12/09

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Reduzido o débito do imposto após revisão da ASTEC. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A Lei nº 10.847/07 estabelece que a multa ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento, passaria para 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço. Em atenção ao disposto no art. 106, II, “c” do CTN, e por iniciativa de ofício, foi aplicada a multa de 2%. Infração não elidida. Decisão recorrida reformada. A multa fica reduzida para 1% do valor da operação ou prestação do serviço, com base no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou o Auto de Infração em lide Procedente em Parte, o qual imputa ao recorrente as seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Falta de recolhimento de imposto decorrente da presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem o respectivo pagamento tendo em vista a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições administradoras de cartões de crédito e/ou débito, durante exercício de 2006;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal em que está obrigado.

A Junta de Julgamento Fiscal ao analisar a impugnação interposta pelo Autuado, julgou o Auto de Infração procedente em parte, reduzindo o débito da infração 2 de R\$10.907,11 para R\$4.362,85.

Referindo-se ao mérito da infração 1 a JJF aduziu que o autuado deveria produzir provas capazes de desconstituir a presunção fiscal prevista no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Tais provas deveriam consistir em apresentação de comprovantes de emissão de documentos fiscais relativos às vendas efetuadas por meio de cartões de débito ou de crédito, juntamente com os respectivos boletos, tendo em vista que as planilhas acostadas aos autos, às fls. 139/153, não são capazes de elidir a presunção legal.

Quanto à infração 2, os Julgadores *a quo* afirmaram que a mesma encontrava-se subsistente. No tocante ao percentual da multa aplicada de 5% sobre o valor das operações, a mesma foi reduzida para o percentual de 2%, em decorrência da edição da Lei 10.847/07, a qual deu nova redação à alínea “h”, inciso XIII-A, do art 42, da Lei 7.014/96, aplicando a regra da retroatividade da aplicação da legislação mais benéfica ao contribuinte, prevista no art. 106, II, “c”, do CTN, reduzindo o valor da multa inicialmente exigida no valor R\$10.907,11 para R\$4.362,85, conforme planilha de fls. 273.

O sujeito passivo inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, ingressou com o presente Recurso Voluntário, requerendo a reforma do acórdão proferido pela JJF, para julgar o Auto de Infração improcedente.

Inicialmente pugna por uma diligência nas suas dependências internas, bem como nas dependências de seus fornecedores.

Quanto ao mérito da autuação alega que o ônus probatório dos fatos que fundamentam a ação fiscal não pode ser atribuído à impugnante, sob pena de subversão à legislação tributária nacional. Segundo o Recorrente o Auto de Infração deve ser desconstituído por não haver nos autos indícios de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Alega que a presunção admitida na autuação pode ser claramente elidida através do relatório de Operações de Vendas Através de Cartões - TEF, confeccionada pela requerente, onde se encontram as operações tidas como omissas detalhadas com o respectivo número do cupom fiscal, data e número do ECF, que acobertam tais operações. Sustenta, ainda, que as operações que não foram emitidos cupons fiscais trata-se de operações que não deram origem de circulação de mercadorias, tais como liquidação de compra de refeições a prazo e outras transações comumente utilizadas no meio comercial, como a substituição de um cheque, oriundo de uma transação comercial anterior, pelo pagamento através da via de cartão de crédito em data posterior.

Aduz, ainda, que o processo administrativo fiscal é regido pela busca incessante da verdade material, devendo a fazenda pública comprovar o cometimento da infração fiscal e que o programa que alimentava o ECF utilizado pelo recorrente à época da autuação não apresentava a opção de pagamento através de cartão ou através de ticket, só existindo a opção de venda mediante dinheiro, podendo tais fatos serem comprovados através da redução Z e a declaração do fornecer do software.

Quanto à multa aplicada na infração assevera que a mesma é indevida, pois segundo o recorrente vincular a multa ao valor da movimentação comercial que já foi objeto de tributação, além da possibilidade de ocorrer a bitributação sobre um mesmo, fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A fim de fundamentar o descabimento da multa, tece comentários acerca dos seguintes princípios constitucionais: da razoabilidade, da proporcionalidade, vedação do confisco e da capacidade contributiva.

A PGE/PROFIS ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário, opinou pelo seu Improvimento, aduzindo em síntese que:

Inicialmente opina pela não realização de diligência, por entender que além do contribuinte não colacionar aos autos documentos que permitam uma análise em revisão fiscal, as razões trazidas para fundamentar o pedido de revisão não são suficientes para a realização da mesma, uma vez que a documentação constante nos autos já foi analisada pela Junta de Julgamento Fiscal.

No que concerne ao mérito da infração 1 assevera que as razões recursais não possuem

fundamentos legais para ilidir a infração, uma vez que esta infração trata-se de um lançamento efetuado com base no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o qual autoriza a fiscalização efetuar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto sempre que for detectada a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, podendo tal presunção ser elidida com a apresentação de provas em contrário pelo contribuinte, necessitando, para tanto, a colação de cupons fiscais relacionados com os boletos de vendas por cartão de crédito, ou outras notas fiscais semelhantes.

Em relação à multa aplicada na infração 2, a PGE/PROFIS acompanhou o entendimento externado no acórdão de fls. 269/273. A fim de fundamentar o seu opinativo transcreveu trechos da Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal.

Ao final de seu Parecer, asseverou que devida à ausência de provas que deveriam ser apresentadas pelo recorrente, resta devidamente solidificada a presunção legal, bem como a aplicação da multa aplicada, não tendo o presente Recurso Voluntário elementos capazes de modificar o julgamento de Primeira Instância administrativa.

Pautado o processo, na assentada de julgamento, o colegiado da segunda Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela remessa do processo à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC), para a realização de diligência, visando verificar se o contribuinte registrou vendas em cartão como se fossem operações pagas em dinheiro ou acobertadas com emissão de nota fiscal, considerando que nos meses objeto da autuação, as reduções “Z” do equipamento fiscal do autuado não apresentaram qualquer registro de vendas via cartão de crédito ou de débito, bem como a declaração do fabricante do software utilizado pelo recorrente, de que tal programa não existia a opção de registrar a forma de pagamento como cartão de débito e/ou crédito.

Após a realização da referida diligência, foi determinado que fosse feito o demonstrativo de débito utilizando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, vez que o recorrente comercializa mercadorias isentas ou com fase de tributação já encerradas.

Após a realização da diligência, o contribuinte conseguiu comprovar as suas alegações, e o valor exigido da infração 1 foi seguida redução de R\$29.394,66 para R\$16.913,18.

Intimado para se manifestar sobre a diligência, o Autuado requer que seja acatado o Parecer da ASTEC no tocante à infração 1 e em relação à infração 2 pede que seja desconsiderado o que foi afirmado pela perita, por entender que a referida infração também deveria ter o seu valor reduzido, pois, segundo o mesmo, ambas as infrações se referem aos mesmos fatos.

A PGE/PROFIS, após a conclusão da diligência, proferiu Parecer concordando com o resultado da diligência levada a efeito pela ASTEC, e que os argumentos do autuado em relação à infração 2 não merecem ser acatados, pois esta infração não trata dos mesmos fatos da infração 1, mas de uma multa por descumprimento de obrigação acessória.

VOTO

A infração 1 imputa ao recorrente a omissão de saída de mercadorias tributadas 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.

A exigência do imposto nesta infração é lastreada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, que prevê o fato da declaração de vendas pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, como presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Compulsando os autos, constata-se que o sujeito passivo, quando da realização da diligência fiscal, conseguiu elidir parte da autuação, ao casar os boletos emitidos pelas operadoras de cartões de débito e crédito com os cupons fiscais, bem como conseguiu demonstrar que comercializava com mercadorias isentas ou com fase de tributação já encerrada, o que levou a

aplicação da Instrução Normativa nº 56/07, resultando numa redução considerável do valor do imposto exigido.

Diante do exposto, acolho o Parecer da ASTEC, para julgar procedente em parte o item 1 da autuação para reduzir o valor do imposto para R\$16.913,18.

Quanto à infração 2, aplicação da multa acessória, em decorrência da emissão de outro documento fiscal em lugar do cupom fiscal emitido pelo ECF nas situações em que está obrigado, o autuado não trouxe aos autos qualquer documento ou fatos novos capazes de comprovar a sua improcedência.

A infração resta sobejamente comprovada conforme documentação acostada aos autos. Por outro lado o sujeito passivo não comprovou ocorrência de sinistro ou intervenção técnica que justificasse a emissão de NFVC sem a emissão do respectivo cupom fiscal emitido pelo ECF.

O Argumento do sujeito passivo de que as infrações 1 e 2 foram decorrentes do mesmo fato, não acato tal fundamento, isto porque, a infração 1 se trata de omissão de saídas de mercadorias tributadas apuradas mediante as informações de crédito, ou seja, trata-se de um descumprimento de obrigação principal, quanto à infração 2, a mesma se trata de uma multa por descumprimento de obrigação acessória, sendo que na segunda hipótese o autuado está sendo penalizado pelo fato de não ter emitido o cupom fiscal pelo ECF, o que certamente causou algum embaraço à fiscalização. Assim, fica devidamente comprovado que as infrações se referem a fatos totalmente diversos.

Acertada, foi a redução da multa aplicada de ofício pela JJF, fundamentada na teoria da aplicação da retroativa da lei mais benéfica ao contribuinte, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, porém, no presente caso, analisando o caso concreto, entendo que a multa de 2% aplicada pela JJF, ainda é muito elevado ante os pequenos percalços causados à fiscalização, bem como o porte da empresa.

Ante as razões acima, expendidas, entendo que a multa aplicada pela JJF de 2%, deve ainda ser reduzida à sua metade, em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Quanto o efeito confiscatório da multa aplicada, venho destacar que esta Câmara de Julgamento não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 299131.0004/07-3, lavrado contra **RESTAURANTE LUA CHEIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.913,18**, 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\$2.181,42**, prevista no inciso XIII-A, “h”, do art. 42, Lei nº 7.014/96, reduzida com base no § 7º, do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS