

PROCESSO - A. I. Nº 113231.0150/07-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - IVAN CARLOS OLIVEIRA CINTRA (CINTRA EMPREENDIMENTOS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0082-02/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/07/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0175-11/09

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As declarações de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Feitos os devidos ajustes. **Infração parcialmente caracterizada. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. 2. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL EM QUE ESTÁ OBRIGADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Percentual de multa reduzido de 5% para 2%. **Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº. 0082-02/09, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$47.275,91, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$42.424,57, em decorrência das seguintes imputações:

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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartões de crédito, sendo exigido o ICMS no valor de R\$47.275,91 e aplicada a multa de 70%, no período de janeiro de 2006 a setembro de 2007.
2. emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o sujeito passivo a assim proceder, relativo ao período de janeiro de 2006 a setembro de 2007, sendo aplicada a multa pelo descumprimento da obrigação acessória no valor de R\$42.424,57.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 19 a 24), sustentando, inicialmente, que, o Auto de Infração fora lavrado equivocadamente, em dissonância com a legislação aplicada, pedindo o afastamento da penalidade através da anulação do auto.

Salientou ser um microempresário, explorando a atividade de bar, choperia, whiskeria e danceteria, conforme prova sua inscrição no registro público de empresas mercantis, aduzindo que a sua principal atividade é a venda de bebidas e o entretenimento com a danceteria, embora venda, também, petiscos, visando acompanhar a bebida vendida no estabelecimento.

Argumentou que as principais fontes de receita são com a venda de bebidas e a danceteria, a qual é tarifada mediante o pagamento de entrada e, por isso, a proporcionalidade da ordem de 40% do seu faturamento se mostra dissonante com a realidade, já que 85% de sua receita dizem respeito à venda de bebidas.

No tocante à infração 2, alegou que o dispositivo legal em que se enquadraria, em razão da suposta emissão de outro documento fiscal em lugar daquele do uso de equipamento de controle fiscal, seria o artigo 827-D, II, do Decreto nº 6.284/97, o que, no seu entendimento ensejaria a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96.

Asseverou que em relação à mencionada infração 2, a multa seria no quantitativo equivalente a 2% do valor da operação, enquanto o preposto fiscal, ao fixá-la, aplicou o percentual de 5%, razão pela qual pediu o afastamento da penalidade aplicada.

De outra parte, aduziu que o autuante procedeu o seu desenquadramento do SimBahia, considerando-o na condição de normal, desprezando os créditos decorrentes das operações cujo imposto foi pago antecipadamente.

Ao final, requereu que o Auto de Infração fosse julgado insubsistente e, não sendo esse o entendimento, solicita a adequação da proporcionalidade das mercadorias sujeitas à tributação.

Por sua vez, o autuante, às fls. 30/34, prestou a informação fiscal de praxe, contestando as teses defensivas, assegurando que o autuado apresentou uma “declaração de faturamento” (fls. 13 e 14) e, a partir dela, definiu a proporcionalidade das mercadorias sujeitas à tributação, consoante a Instrução Normativa nº 56/07, a qual aplicou para definir o valor da omissão de mercadorias tributáveis, demonstrado na planilha (fl. 15).

Assegurou que a impugnação se encontrava equivocada em todos os seus itens, pois os valores consignados na autuação foram apurados no confronto entre as notas fiscais emitidas e aqueles existentes no Relatório Diário de Operações TEF fornecido pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito.

Quanto à proporcionalidade, o percentual de 40% foi definido pelo próprio contribuinte, na declaração de faturamento já mencionada.

Relativamente à infração 2, o autuante afirmou que a multa aplicada de 5% era a vigente na data da lavratura e ciência, pelo contribuinte, do Auto de Infração, frisando que a redução para 2%, só passou a vigorar em data posterior.

Concluiu sugerindo o julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, de plano, não acolheu a nulidade arguida pelo contribuinte, sob o pretenso fundamento de que o Auto de Infração teria sido lavrado em dissonância com a legislação aplicada, asseverando nele se encontrarem presentes todos os requisitos de validades, tais como: identificação dos sujeitos passivo e ativo; o local, a data e a hora de sua lavratura; a descrição dos fatos; o enquadramento, a multa aplicada, a indicação da disposição legal infringida e a penalidade aplicável; a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo designado; a assinatura do autuante com indicação de seu cargo ou função e a comprovação de entrega do Auto de Infração e dos seus demonstrativos ao sujeito passivo.

Rejeitou, também, o pedido de diligência, sustentando já se encontrarem no processo elementos suficientes para a Decisão, de acordo com o art. 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, a JJF, no que concerne à infração 1, alertou que, em face das declarações inexatas, ou seja, dos registros de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de créditos, o imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais do contribuinte. Assim, sobre as importâncias das saídas computadas na apuração do débito do imposto (base de cálculo), o autuante aplicou a alíquota interna de 17% e apurou o débito do ICMS, sendo que do valor apurado compensou o crédito presumido de 8%, encontrando o ICMS devido no período considerado, na forma prevista no art. 408-S, §§ 1º e 2º, do RICMS/97. Salientou que o autuado não trouxe aos autos notas fiscais de compras demonstrando possuir créditos fiscais para compensar com os débitos apurados. Inexistiu compensação com tributos pagos a título de antecipação, conforme pleiteou o contribuinte, visto que o ICMS foi exigido com base em presunção legal de omissão de saídas e o sujeito passivo não comprovou documentalmente ter pago o imposto relativo a esta acusação. Nesse passo, a JJF julgou corretos os procedimentos do autuante e caracterizada a infração imputada.

Ressaltou o relator que, conferindo os cálculos dos demonstrativos de fls. 15 e 16 dos autos, constatou que o autuante, ao compensar o crédito presumido de 8% sobre os valores das saídas computadas na apuração do débito do imposto, o fez compensando créditos em valores menores que os de direito, apurando, conseqüentemente, o ICMS devido em importâncias maiores que as efetivamente devidas. Assim, visando devolver os créditos de direito, processou os ajustes necessários, reduzindo o valor da Infração 01 de R\$47.275,91 para R\$27.204,79, consoante o seguinte demonstrativo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de cálculo	Aliq %	Multa (%)	ICMS	Crédito Pres. 8%	Valor em Real
31/1/2006	9/2/2006	R\$ 4.344,59	17	70	R\$ 1.395,10	R\$ 656,52	R\$ 738,58
28/2/2006	9/3/2006	R\$ 5.656,76	17	70	R\$ 1.816,45	R\$ 854,80	R\$ 961,65
31/3/2006	9/4/2006	R\$ 5.599,88	17	70	R\$ 1.798,18	R\$ 846,20	R\$ 951,98
30/4/2006	9/5/2006	R\$ 4.128,82	17	70	R\$ 1.325,82	R\$ 623,92	R\$ 701,90
31/5/2006	9/6/2006	R\$ 3.434,88	17	70	R\$ 1.102,99	R\$ 519,06	R\$ 583,93
30/6/2006	9/7/2006	R\$ 3.917,94	17	70	R\$ 1.258,10	R\$ 592,05	R\$ 666,05
31/7/2006	9/8/2006	R\$ 4.423,41	17	70	R\$ 1.420,41	R\$ 668,43	R\$ 751,98
31/8/2006	9/9/2006	R\$ 6.650,88	17	70	R\$ 2.135,67	R\$ 1.005,02	R\$ 1.130,65
30/9/2006	9/10/2006	R\$ 8.621,06	17	70	R\$ 2.768,33	R\$ 1.302,75	R\$ 1.465,58
31/10/2006	9/11/2006	R\$ 6.003,71	17	70	R\$ 1.927,86	R\$ 907,23	R\$ 1.020,63
30/11/2006	9/12/2006	R\$ 11.072,35	17	70	R\$ 3.555,45	R\$ 1.673,15	R\$ 1.882,30
31/12/2006	9/1/2007	R\$ 14.576,65	17	70	R\$ 4.680,73	R\$ 2.202,70	R\$ 2.478,03
31/1/2007	9/2/2007	R\$ 10.579,65	17	70	R\$ 3.397,24	R\$ 1.598,70	R\$ 1.798,54
28/2/2007	9/3/2007	R\$ 9.458,59	17	70	R\$ 3.037,26	R\$ 1.429,30	R\$ 1.607,96
31/3/2007	9/4/2007	R\$ 11.892,47	17	70	R\$ 3.818,80	R\$ 1.797,08	R\$ 2.021,72
30/4/2007	9/5/2007	R\$ 6.904,76	17	70	R\$ 2.217,20	R\$ 1.043,39	R\$ 1.173,81
31/5/2007	9/6/2007	R\$ 9.137,53	17	70	R\$ 2.934,16	R\$ 1.380,78	R\$ 1.553,38
30/6/2007	9/7/2007	R\$ 9.684,35	17	70	R\$ 3.109,75	R\$ 1.463,41	R\$ 1.646,34
31/7/2007	9/8/2007	R\$ 11.350,41	17	70	R\$ 3.644,75	R\$ 1.715,18	R\$ 1.929,57
31/8/2007	9/9/2007	R\$ 345,01	17	70	R\$ 110,79	R\$ 52,14	R\$ 58,65
30/9/2007	9/10/2007	R\$ 12.244,47	17	70	R\$ 3.931,84	R\$ 1.850,28	R\$ 2.081,56
Total							R\$ 27.204,79

Referindo-se à infração 2, a JJF julgou parcialmente procedente a imputação, admitindo que o autuante considerou como base de cálculo para aplicação da multa de 5% os valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e de débitos, conforme registrado no demonstrativo de débitos de fls. 04 e 05, quando, confirmado o fato de que o contribuinte só emitiu nota fiscal, deveria considerar os quantitativos das operações declarados pelo próprio sujeito passivo, às fls. 13 e 14, extraídos de documentos fiscais diferentes de cupons fiscais, considerando a inexistência de provas da emissão desses documentos por ECF.

Destacou a JJF que, em vista da redução da multa de 5% para 2%, promovida pela Lei nº 10.847, de 28/11/2007, que alterou a alínea “h”, inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, no caso concreto

deve ser aplicado o preceito legal (alínea “c”, do art. 106, do Código Tributário Nacional – CTN), que previsional a retroatividade para beneficiar, nas hipóteses de processos ainda não definitivamente julgados, penalidade menos gravosa que a prevista na lei vigente na data da ocorrência.

Por conseguinte, julgou a JJF pela procedência parcial da infração, reduzindo a multa para 2%, adequando também a base de cálculo, que teve como referência os valores das operações de saídas, em que o sujeito passivo emitiu outro documento fiscal diverso do que estava obrigado, consoante informação consignada em sua planilha declaração de faturamento (fls. 13 e 14), corrigindo o importe desta Infração, que era de R\$42.424,57 para R\$1.938,66, cujos valores analíticos ficam assim formatados:

Data Ocorr	Data Vencido	Base de cálculo	Multa (%)	Valor em Real
31/1/2006	9/2/2006	R\$ 1.968,30	2	R\$ 39,37
28/2/2006	9/3/2006	R\$ 1.242,30	2	R\$ 24,85
31/3/2006	9/4/2006	R\$ 855,31	2	R\$ 17,11
30/4/2006	9/5/2006	R\$ 6.451,00	2	R\$ 129,02
31/5/2006	9/6/2006	R\$ 10.341,67	2	R\$ 206,83
30/6/2006	9/7/2006	R\$ 850,55	2	R\$ 17,01
31/7/2006	9/8/2006	R\$ 5.138,51	2	R\$ 102,77
31/8/2006	9/9/2006	R\$ 6.452,77	2	R\$ 129,06
30/9/2006	9/10/2006	R\$ 9.950,56	2	R\$ 199,01
31/10/2006	9/11/2006	R\$ 5.713,61	2	R\$ 114,27
30/11/2006	9/12/2006	R\$ 7.079,00	2	R\$ 141,58
31/12/2006	9/1/2007	R\$ 4.851,58	2	R\$ 97,03
31/1/2007	9/2/2007	R\$ 3.789,95	2	R\$ 75,80
28/2/2007	9/3/2007	R\$ 3.776,64	2	R\$ 75,53
31/3/2007	9/4/2007	R\$ 4.781,18	2	R\$ 95,62
30/4/2007	9/5/2007	R\$ 1.687,00	2	R\$ 33,74
31/5/2007	9/6/2007	R\$ 2.865,50	2	R\$ 57,31
30/6/2007	9/7/2007	R\$ 7.251,08	2	R\$ 145,02
31/7/2007	9/8/2007	R\$ 3.293,08	2	R\$ 65,86
31/8/2007	9/9/2007	R\$ 4.278,69	2	R\$ 85,57
30/9/2007	9/10/2007	R\$ 4.315,05	2	R\$ 86,30
Total				R\$ 1.938,66

Por fim, representou à autoridade da *INFAZ de origem*, sugerindo instaurar novo procedimento fiscal, a fim de que fosse apurado se os valores considerados pelo autuante como sendo “vendas com cartão constante redução z/nota fiscal”, a partir da informação do autuado, coincidem com aqueles consignados nos *Relatórios Diários TEF* juntados ao PAF (em valores e datas). E, em caso positivo, exigir as diferenças encontradas (art. 156 do RPAF).

Em face da desoneração resultante na Decisão, a JJF, em obediência à legislação vigente, recorreu à uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Versa o presente PAF sobre duas infrações, descritas detalhadamente no Relatório, sendo ambas objetos do presente Recurso de Ofício.

Da análise específica da imputação de nº 01, firmo posicionamento no sentido de ser a Decisão de piso irretocável, na medida em que julgou, corretamente, pela parcial procedência da aludida infração.

Assim é que, de conformidade com os elementos informativos existentes nos autos, se constata ser exata a revisão dos cálculos da imputação, eis que se trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões de crédito, segundo dispõe o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02. Com efeito, a base de cálculo do imposto a ser exigido é encontrada computando-se a

diferença entre os valores fornecidos pelas administradoras e aqueles de venda com documento fiscal.

Ocorre que, na espécie concreta, o autuante, ao calcular o crédito presumido de 8% sobre os valores das omissões de saídas, incorreu em erro operacional, o qual originou importes menores para os créditos, sendo justa e legal a Decisão da JJF ao proceder à correção do demonstrativo dos valores computados na imputação em tela, importando redução para o montante da infração, de R\$47.275,21 para R\$27.204,79, conforme quadro constante do acórdão (fl. 254).

Tangentemente à exigência consumada na infração rotulada como de nº 02, alinho-me ao entendimento da Junta, que reduziu a multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória de 5% para 2%, em obediência à alteração introduzida na normatividade pela Lei nº 10.847 de 28/11/2007, que deu nova redação à alínea “h”, do inciso XIII-A, art. 42, da Lei nº 7.014/96, aplicando-se, *in casu*, o benefício da retroatividade benigna, de acordo com o dispositivo previsto na alínea “c”, inciso II, do art. 106, do Código Tributário Nacional – CTN.

Outrossim, acato o decisório da JJF, no particular, procedendo à alteração da base de cálculo da imputação, a qual, originalmente, teve como base os quantitativos das operações de saídas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, para substituí-la pelos valores das operações apuradas com emissão de documento fiscal inadequado, mesmo diferente dos corretos cupons fiscais, conforme demonstrativos das fls. 15 e 16 dos autos.

Por conseguinte, acompanho o decisório da 1ª Instância no que pertine à infração 2, eis que, na espécie concreta versada, é cabível a redução da exigência da obrigação tributária acessória, ao tempo em que confirmo o demonstrativo de fls. 255 do acórdão, corrigindo o valor da imputação de R\$42.424,57 para R\$1.938,66.

De todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 2ª JJF, confirmando a Decisão recorrida, por se encontrar em estrita obediência aos ditames legais, ao tempo em que endosso a representação à autoridade da INFAZ de origem, objetivando a avaliação da necessidade de instauração de um novo procedimento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **113231.0150/07-8**, lavrado contra **IVAN CARLOS OLIVEIRA CINTRA (CINTRA EMPREENDIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.204,79**, 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\$1.938,66**, prevista no inciso XIII-A, “h”, dos mencionados artigo e norma legal, e dos acréscimos moratórios, segundo disposição da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS