

PROCESSO - A. I. Nº 130076.0022/07-5
RECORRENTE - GILCA NASCIMENTO FERNANDES (COMERCIAL ITAPARICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0010-01/08
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 27/10/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0311-12/09

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 tributadas sem pagamento do imposto devido. Cálculos efetuados com a observância do crédito de 8% por ser o autuado optante pelo Regime do SimBahia. Refeita a apuração do imposto, conforme a metodologia prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão. 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. A inobservância dessa determinação legal acarreta a aplicação da multa de 5% do valor da operação. Infração caracterizada. Efetuada a adequação da multa à legislação atual para 2%, conforme redação da Lei nº 10.847/07, com base no princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, II, “c”, do CTN. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 99.597,87, decorrente da 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2006.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de março a dezembro de 2006. Foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 669,30, equivalente a 5% do valor das notas fiscais emitidas.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que os relatórios emitidos pelas administradoras de cartão não eram suficientes para comprovar a

omissão de saída de mercadorias tributáveis. No mérito, afirmou que as suas vendas totais eram superiores às informadas pelas administradoras de cartão. Referindo-se à infração 2, sustentou que muitas vezes os clientes exigem a emissão de nota fiscal.

Na informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal em sua totalidade, pois considerava que as infrações estavam caracterizadas e que os argumentos defensivos não as elidiam.

O processo foi convertido em diligência para que fosse entregue ao autuado cópia dos relatórios TEFs diários e, em seguida, reaberto o prazo de defesa. A diligência foi cumprida. O autuado apresentou nova defesa, na qual reiterou os termos da defesa anterior. O autuante se pronunciou, mantendo os termos da informação anterior.

Na Decisão recorrida, a primeira instância afastou a preliminar de nulidade, pois considerou que os elementos existentes nos autos eram capazes de comprovar as acusações feitas no lançamento, bem como permitiam o pleno exercício do direito de defesa. No mérito, as infrações 1 e 2 foram julgadas procedentes.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que afirma que o Acórdão JF Nº 0010-01/08 merece ser reformado.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Infração 1 por ausência de motivo e de incoerência. Após afirmar que há uma incoerência entre as acusações contidas nas Infrações 1 e 2, o recorrente sustenta que falta motivo para a cobrança referente à Infração 1, pois o total das saídas amparadas por notas e cupons fiscais supera o valor das vendas informadas pelas instituições financeiras pelas administradoras de cartão. Diz que houve, em verdade, a emissão de nota fiscal em substituição ao cupom fiscal e, portanto, é devida apenas a Infração 2.

Afirma que, em razão do princípio da verdade material, as notas fiscais emitidas devem ser consideradas no levantamento da Infração 1, mesmo não havendo nelas a observação de que “foram emitidas em substituição do cupom fiscal”. Apresenta planilha comparativa das notas e dos cupons fiscais emitidos (fls. 468 e 469). Destaca que as notas e os cupons fiscais foram todos registrados nos livros Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS, conforme fotocópia desses livros acostadas ao processo, apesar de estar desobrigado dessa escrituração em razão de ter optado pelo regime do SimBahia. Solicita a realização de diligência para confrontar as notas fiscais de saídas com os cupons fiscais. Discorre longamente sobre a motivação do ato administrativo, cita farta doutrina.

O recorrente alega que comercializa com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e esse fato não foi observado pelo autuante. Diz que a manutenção da exigência fiscal caracterizaria uma cobrança de imposto sobre mercadoria com a fase de tributação já encerrada. Transcreve a Instrução Normativa nº 56/07, diz que as operações tributáveis realizadas atingem o percentual de 56%, conforme demonstrativos que apresentou. Solicita que seja feita a adequação da base de cálculo segundo o percentual das mercadorias tributáveis. Cita Decisão deste CONSEF.

Ao finalizar o seu arrazoado, o recorrente protesta pela juntada posterior de cópia de notas fiscais de entradas e de saídas. Pede a realização de diligência. Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Em 03/03/08, o recorrente volta a se pronunciar nos autos e solicita que sejam anexadas ao processo fotocópias de notas fiscais de saídas e de entradas, referentes a 2006 (fls. 603 a 1965).

Ao exarar o Parecer de fls. 1963 e 1965, a ilustre representante da PGE/PROFIS sugere a realização de diligência, para que o imposto devido na Infração 1 seja apurado proporcionalmente às operações tributáveis realizadas pelo recorrente.

Após apreciação em pauta suplementar, a 2ª CJF acolheu a sugestão da PGE/PROFIS e enviou o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que: fosse o recorrente intimado a apresentar os documentos fiscais capazes de comprovar a tributação das operações arroladas na Infração 1; fosse verificada a veracidade das comprovações apresentadas pelo recorrente e, sendo o caso, excluídas da autuação as operações comprovadamente submetidas à tributação; fosse o imposto remanescente apurado segundo a metodologia prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

Conforme o Parecer ASTEC Nº 045/2009 (fls. 1976 a 1978), a diligência foi atendida. Nesse Parecer, foi informado que: o recorrente apresentou o demonstrativo visando comprovar as operações arroladas na autuação, porém a análise desse demonstrativo não permite correlacionar as operações constantes nos relatórios TEFs com os documentos fiscais citados pelo recorrente; foi constatado que as operações tributáveis realizadas pelo recorrente no período abarcado pela Infração 1 correspondiam ao percentual de 56%; a apuração do imposto devido na Infração 1, segundo a Instrução Normativa nº 56/07, reduziu o débito de R\$ 99.597,87 para R\$ 55.774,80, conforme demonstrativo à fl. 1978.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente se pronunciou (fls. 1991 a 1994) e, referindo-se às comprovações das operações listadas nos relatórios TEFs, ressaltou que o somatório das notas e dos cupons fiscais superava o total das operações informadas pelas administradoras de cartão. Disse que esse fato comprova a inocorrência do fato gerador da presunção legal, qual seja, da existência de valores de vendas inferiores aos informados pelas instituições financeiras e pelas administradas de cartão. Reiterou que a auditoria fiscal deveria se basear no total das vendas e não apenas nos valores pagos com cartão de crédito ou débito. Mencionou que é comum a quitação de uma compra ser dividida em várias formas de pagamento. Disse que, caso seus argumentos não fossem acatados, o valor cobrado deveria ser apurado proporcionalmente às operações tributadas realizadas.

Quanto à infração 2, afirmou que em decorrência do princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c”, do CTN, a multa aplicada era total ou parcialmente indevida, uma vez que a pena prevista cabível era de 2%, e não de 5%.

Ao exarar o Parecer de fls. 1998 a 2000, a ilustre representante da PGE/PROFIS, referindo-se à infração 1, afirmou que a presunção de omissão de saídas de mercadorias encontra guarida na lei do ICMS e disse que essa presunção persiste, uma vez que o recorrente não a elidiu. Acolheu o resultado da diligência que apurou o imposto proporcionalmente às saídas tributadas.

Quanto à infração 2, afirmou que o recorrente não especificou qual o problema que ocasionou a não utilização do ECF, de forma que pudesse elidir a acusação. Disse que não havia como se aplicar o princípio da retroatividade benigna, pois a redação atual do art. 42, XIII-A, “b”, da Lei nº 7.014/96, é que comina a multa de 5% para a infração em tela.

Ao finalizar, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que fosse modificada a Decisão recorrida relativamente à infração 1, adotando-se o demonstrativo de débito apurado na diligência realizada pela ASTEC.

O Parecer de fls. 1998/2000 foi ratificado pela doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado.

Na sessão de julgamento, o doutor José Augusto Martins Junior, Procurador Assistente da PGE/PROFIS, referindo-se à Infração 2, posicionou-se pela aplicação do princípio da retroatividade benigna em relação à multa indicada nesse item do lançamento.

VOTO

O recorrente suscitou a nulidade da Infração 1, alegando ausência de motivação, bem como a existência de incoerência na autuação. Contudo, considero que essas alegações não podem prosperar, senão vejamos.

A Lei nº 8.542/02, com efeitos a partir de 28/12/02, incluiu no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 a previsão de que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito autorizava a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Os autos mostram que a Infração 1 trata de fatos ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2006, portanto aplica-se a previsão introduzida pela Lei nº 8.542/02, citada acima, restando saber qual o valor (“declaração de venda”) que se deve confrontar com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito.

Interpretando o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, depreendo que o valor a ser confrontado com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito corresponde ao somatório das “reduções z”, como vem reiteradamente decidindo este CONSEF. Não seria razoável supor que o disposto no referido § 4º determinasse a comparação de todas as vendas efetuadas pelo estabelecimento com as informadas pelas administradoras de crédito e/ou débito, pois as vendas totais serão sempre maiores ou iguais às vendas pagas com cartão. Dessa forma, não há como prosperar o argumento recursal de que o total das suas vendas era superior ao valor informado pelas administradoras de cartão.

Em face do acima exposto, afasto a preliminar de nulidade da Infração 1, pois a exigência fiscal está devidamente motivada na legislação tributária estadual e na auditoria fiscal desenvolvida, bem como não há qualquer incoerência nesse item do lançamento tributário.

Adentrando no mérito, constato que a exigência fiscal está baseada em prova conclusiva que autoriza a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, uma vez que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração comprovam a ocorrência de divergências entre a documentação fiscal emitida pelo recorrente e as operações de saídas de mercadorias, pagas mediante cartão de crédito e/ou débito, informadas pelas administradoras de cartão.

Com base nos princípios da busca da verdade material e da ampla defesa, o processo foi convertido em diligência, para que auditor fiscal lotado na ASTEC do CONSEF intimasse o recorrente a apresentar todos os documentos fiscais capazes de comprovar a tributação das operações relacionadas nos relatórios TEFs acostados ao processo e, caso restasse atestada a veracidade deles, fossem os valores correspondentes às operações comprovadamente tributadas excluídos da autuação.

O recorrente, em atendimento à intimação efetuada pelo auditor fiscal da ASTEC, apresentou demonstrativos e documentos. Após examinar os demonstrativos e documentos apresentados, o diligenciador afirmou que não identificou correspondência entre os documentos fiscais com as vendas constantes nos relatórios TEFs que serviram de base para a autuação, tendo sido esse fato comunicado ao representante da empresa.

Acolho o resultado dessa diligência efetuada pela ASTEC, pois foi realizada *in loco*, com base em documentos originais e com a participação de preposto da empresa. Dessa forma, considero que o recorrente não elidiu a presunção legal que embasou a Infração 1.

Contudo, a referida diligência comprovou que o recorrente comercializava com mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, no percentual de 56%. Nessa situação, determina a Instrução Normativa 56/07 que o imposto devido seja apurado proporcionalmente às operações tributáveis realizadas pelo contribuinte, o que foi devidamente feito pelo diligenciador. Assim, em consonância com o resultado da diligência efetuada pela ASTEC, a Infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$ 55.774,80, conforme demonstrativo à fl. 1978.

Com respeito à infração 2, os autos comprovam a emissão de notas fiscais D-1 em lugar do Cupom Fiscal, sem que tivesse ficado comprovada a ocorrência de alguma situação que justificasse esse procedimento.

Não foram trazidos aos autos quaisquer documentos que atestassem a intervenção no equipamento ECF por empresa credenciada, ou a ocorrência de sinistro que impedisse o funcionamento do ECF, conforme previsto no aludido dispositivo regulamentar. Quando, eventualmente, o consumidor solicita a emissão de nota fiscal, a legislação tributária estadual prevê que o contribuinte deverá anexar a primeira via do cupom fiscal pelo ECF à via fixa da nota fiscal emitida, consignando na mesma o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Pelo acima exposto, a infração está caracterizada e não há razão para a dispensa ou redução da multa, uma vez que não restou evidenciada nos autos a presença dos requisitos legais para a redução ou dispensa pleiteada pelo recorrente.

Entretanto, tendo em vista que a atual redação da alínea “h” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 10.847/07, prevê um percentual menor para a multa indicada na autuação, com base no princípio da retroatividade benigna, previsto no artigo 106, II, “c”, do CTN, ajusto o percentual da multa para 2%, o que reduz o valor da Infração 2 de R\$ 669,30 para R\$267,73, conforme o demonstrativo de débito apresentado a seguir:

DATA	B. DE CÁLCULO	MULTA	VALOR
Mar/06	86,20	2%	1,72
Abr/06	543,90	2%	10,88
Mai/06	565,57	2%	11,31
Jun/06	48,70	2%	0,97
Jul/06	538,07	2%	10,76
Ago/06	998,04	2%	19,96
Set/06	1.072,14	2%	21,44
Out/06	1.806,57	2%	36,13
Nov/06	5.207,72	2%	104,15
Dez/06	2.520,29	2%	50,41
TOTAL			267,73

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, conforme os valores modificados no quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 1					
Data Ocorrência	D. Vencimento	Aliq. (%)	B. de Cálculo	Multa	ICMS Devido
31/01/2006	09/02/2006	17	32.188,93	70	5.472,12
28/02/2006	09/03/2006	17	20.557,83	70	3.494,83
31/03/2006	09/04/2006	17	26.363,10	70	4.481,73
30/04/2006	09/05/2006	17	26.870,43	70	4.567,97
31/05/2006	09/06/2006	17	20.152,14	70	3.425,86
30/06/2006	09/07/2006	17	19.399,67	70	3.297,94
31/07/2006	09/08/2006	17	20.233,58	70	3.439,71
31/08/2006	09/09/2006	17	23.039,14	70	3.916,65
30/09/2006	09/10/2006	17	44.439,65	70	7.554,74
31/10/2006	09/11/2006	17	31.963,12	70	5.433,73
30/11/2006	09/12/2006	17	25.611,03	70	4.353,88
31/12/2006	09/01/2007	17	37.268,43	70	6.335,63
TOTAL			328.087,05		55.774,79

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 130076.0022/07-5, lavrado contra **GILCA NASCIMENTO FERNANDES (COMERCIAL ITAPARICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$55.774,79**, 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\$267,73**, prevista no art. 42, XIII-A, “h” do mesmo Diploma legal, com redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios correspondentes na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – REALTOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTOS-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS