

A. I. Nº - 207095.0123/08-2
AUTUADO - COMPANHIA COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 21.10.09

5.ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0300-05/09

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. Infração não elidida. 2. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não impugnada. A Lei nº 10.847/07 estabelece que a multa aplicável 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%, para os meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2007. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2008, exige multa e ICMS no valor histórico de R\$ 87.841,36, em razão das irregularidades abaixo descritas:

1. Omissão de saídas 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. Período: exercício de 2007 e meses de janeiro e fevereiro de 2008. Valor do ICMS: R\$ 75.535,67.
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Período: meses de julho a dezembro de 2007 e janeiro e fevereiro de 2008. Valor da Multa: R\$ 12.305,69.

Foram anexados ao processo os relatórios TEF anuais comprovando as operações de venda através de cartões de crédito/débito (docs. fls. 11 a 13).

O autuado, na peça defensiva (fls. 17/25), através de advogado regularmente constituído (procuração anexa – fl. 26), discorreu inicialmente acerca da tempestividade da impugnação administrativa, informando que na data de encerramento do prazo, ocorrida em 19/01/2009, houve uma paralisação das atividades na inspetoria. Por conta disso a defesa foi protocolada em 20/01/09. Juntou ao PAF cartaz com a indicação de greve de 24 horas, no dia 19/01/09 (doc. fl. 39). Requeru o regular processamento do feito.

Ao adentrar no mérito do lançamento disse o Auto de Infração se baseia apenas em relatórios emitidos por empresas administradoras de cartões, fatos estes confrontados com a escrituração

contábil da empresa. Declarou que as informações prestadas por terceiros não podem ser tidas como totalmente verdadeiras. No caso em tela afirmou que as diferenças apuradas decorreram de diversos lançamentos nas máquinas de cartões, onde funcionários e terceiros se utilizavam dos serviços das operadoras para angariar valores, independentemente das vendas de mercadorias da empresa. Mencionou a existência da prática de fraude por parte de seus empregados e terceiros, sem conhecimento do proprietário da empresa, fato que se verificou em poucos meses. Posteriormente com a descoberta do golpe, na elaboração do balanço, disso que o fato continua sendo investigado, para a apuração das responsabilidades. Declarou também terem sido utilizados cartões clonados na prática do alegado golpe. Em seguida afirmou não ser possível comprovar nos autos as transações ilegais, dizendo também que as máquinas das operadoras, por serem bens móveis, poderiam ser utilizadas em outros estabelecimentos comerciais. Argumentou que as supostas fraudes foram trazidas à discussão no presente PAF visto que não ter encontrado qualquer divergência entre as entradas e saídas de mercadorias em sua escrita e correspondentes documentos.

Sustentou a excludente de responsabilidade em face da conduta de terceiro. Defendeu que o lançamento, diante dos fatos alegados, viola os princípios da ampla defesa, do contraditório e da legalidade, alicerces do processo e do ato administrativo.

Ao adentrar na análise jurídica do lançamento, apontou a existência de falhas no ato administrativo, quanto à clareza e descrição dos fatos. Citou trechos de ensinamentos do tributarista Hugo de Brito Machado, para sustentar à ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa insculpido no art. 5º, inc. LV, da Carta Magna. No que concerne ao princípio da legalidade também entendeu haver violação ao mesmo, no presente lançamento, ao argumento de que a conduta narrada na peça acusatória não tem qualquer respaldo legal. Transcreveu o art. 142, inc. V, do RICMS/97. Citou o art. 37 da Constituição Federal. Entende que o presente lançamento apresenta vícios insanáveis e requereu a decretação da sua nulidade.

A Inspetoria Fiscal, em despacho acostado a fl. 41, reabriu prazo de defesa, via intimação acostada a fl. 123, promovendo, na ocasião, a entrega ao contribuinte dos relatórios TEF diários, com a discriminação das operações diárias com cartões de crédito e/ou débito. *Pari passu*, foi prestada a informação fiscal pelo autuante, anexada às fls. 120 a 122. Nesta peça a autoridade fiscal registrou que as notas fiscais D-1 apresentadas no curso da fiscalização não continham valores informados pelas administradoras de cartão, Transcreveu em seguida as disposições do art. 123 do RPAF/99, para sustentar que as alegações empresariais quanto à regularidade da sua escrita não se fizeram acompanhar das provas indispensáveis à comprovação dos fatos alegados. Quanto às fraudes mencionadas pelo contribuinte na peça defensiva, disse que o lançamento do ICMS se dá por homologação e que após confrontar os dados dos relatórios TEF e as argumentações da defesa, ratificava o lançamento, concordando, entretanto com a reabertura do prazo de defesa, para a entrega dos relatórios TEF.

Intimado o contribuinte via AR para se manifestar acerca dos documentos anexados, com a correspondente re-abertura do prazo de 30 dias, o mesmo quedou-se silente.

VOTO

Quanto à tempestividade da impugnação correto o entendimento externado pela defesa e pela Inspetoria que deu o devido processamento ao feito, visto que no dia em que houve o encerramento do prazo para a protocolização da petição, a repartição fazendária teve suas atividades paralisadas. Em decorrência, o prazo foi prorrogado para o dia seguinte, ocasião em que o contribuinte ingressou com a sua impugnação administrativa.

Cumpre agora enfrentar as preliminares de nulidades argüidas pela defendant. Nenhuma delas merecem ser acolhidas. Primeiramente cumpre observar que o lançamento tributário e a correspondente exigência fiscal, têm respaldo na lei vigente do ICMS, visto que a omissão de saídas 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 é fato descrito na norma legal, no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. De igual forma, também não prosperam as alegações defensivas quanto aos vícios processuais atinentes ao princípio da ampla defesa. A descrição da infração, como já registrado acima, é um tipo legal e ao contribuinte foram entregues às provas documentais que demonstram a materialidade da infração, contidas nos relatórios TEF anual e diários e respectivos demonstrativos de apuração do imposto. Logo, insubstinentes as arguições de nulidade.

No mérito, em relação à infração 1, limitou-se o contribuinte a alegar a invalidade das informações prestadas pelas administradoras de cartão e que as diferenças apuradas decorreram do cometimento de fraudes praticadas por funcionários da empresa e por terceiros.

Tais alegações, entretanto, não se fizeram acompanhar de provas documentais que atestassem a sua veracidade ou materialidade, não tendo se desincumbido o autuado de provar o fato modificativo do lançamento, conforme prescreve o art. 142 do RPAF/99, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Por outro lado, a exigência fiscal em exame constitui presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96; sendo ônus da parte acusada elidir a infração.

A excludente de responsabilidade pela infração pleiteada, não se aplica ao presente caso.

Diante do acima exposto o item 1 do presente lançamento de ofício é procedente.

No tocante ao mérito da infração 2, não houve impugnação do sujeito passivo. Este item contém a exigência de penalidade prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, pela emissão de documento fiscal em substituição ao cupom ECF.

Mesmo diante da inércia empresarial, impõem-se a revisão de ofício da multa lançada neste item, considerando a modificação operada na Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 10.847/07, que estabeleceu multa menos gravosa para o contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento. Diante da modificação legislativa, verificada em novembro de 2007, vigente a partir de 28/11/07, a penalidade passou de 5% (cinco por cento) para 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço. Considerando ao disposto no art. 106, II, “c” do CTN, que prevê a retroatividade das normas que fixam penalidades mais brandas, reduzo, de ofício, a multa lançada nos meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2007, conforme abaixo:

Data Ocorrência	Base de Cálculo	Multa (%)	Valor
31/07/2007	28.811,21	2%	576,22
31/08/2007	28.969,42	2%	579,39
30/09/2007	35.604,45	2%	712,09
31/10/2007	59.268,45	2%	1.185,37
Total			3.053,07

Ficam inalteradas as penalidades lançadas nos meses de novembro e dezembro de 2007 e janeiro e fevereiro de 2008, que totalizam a cifra de R\$ 4.673,02., visto que o autuante já havia considerado o percentual de 2% fixado na novel legislação.

Em decorrência, o item 2 é procedente em parte, passando a exigência fiscal a totalizar a cifra de R\$ 7.726,09 (R\$ 3.053,07 + R\$ 4.673,02).

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.0123/08-2, lavrado contra **COMPANHIA COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.535,67**, 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 de **R\$7.726,09** prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, do mesmo diploma legal, com redução da penalidade para 2%, prevista na Lei nº 10.847/07, para os meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2007, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA